Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung eines einzelkaufmännischen Unternehmens

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ulrich Christopeit
aus Berlin-Dahlem

1960

6665

Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung eines einzelkaufmännischen Unternehmens

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Doktorgrades einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Ulrich Christopeit
aus Berlin-Dahlem

1960

642/61

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Obmann: Prof. Dr. Fritz Baur

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Fritz Baur

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Georg Eißer

Tag der mündlichen Prüfung: 26.1.1960

Meinen Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549606_0033

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht S. 5 - 9

Literaturverzeichnis S. 10 - 16

Abkürzungsverzeichnis S. 17/18

Einleitung S. 19 - 21

Problemstellung: Behandlung des Themas bis zur Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 132, 138 S. 19/20. Das Thema in der neueren Rechtsprechung und Lehre S. 20/21.

1. Teil:

Die Bedeutung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung eines einzelkaufmännischen Unternehmens S. 22 - 28

1. Abschnitt: Überblick S. 22 - 24

Das Handelsgeschäft als Bestandteil des Nachlasses S. 22. Die Befugnisse des Testamentsvollstreckers S. 22/23. Die Pflichten des Testamentsvollstreckers S. 23/24. Beginn und Ende der Testamentsvollstrekkung S. 24

2. Abschnitt: Die Abwicklungsvollstreckung S. 24/25

Allgemeine Aufgaben S. 24/25. Annahme und Ausschlagung der Erbschaft S. 25. Auseinandersetzung bei der Erbenmehrheit S. 25.

3. Abschnitt: Die Dauervollstreckung - Verwaltungs-Testamentsvollstreckung S. 25 - 28

Dauer S. 25/26. Teilungsverbot bei Erbenmehrheit S. 26. Verpflichtungsbefugnis S. 26. Rechtspolitische Einwände S. 26. Zweck der Anordnung S. 26/27. Bedeutung bei der Vererbung eines Handelsgeschäfts S. 28.

2. Teil:

Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden in Fällen ohne Testamentsvollstreckung S. 29 - 43

1. Abschnitt: Die Haftung des Alleinerben S. 29 - 37

Die Doppelnatur der neuen Geschäftsschulden S. 29. Die Haftung des Erben unter erbrechtlichen Gesichtspunkten S. 30 - 32. Die Haftung des Erben unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten S. 32 - 37, insbesondere bei der Durchführung eines Nachlaßsonderungsverfahrens S. 34/35 und eines Aufgebotsverfahrens S. 35 - 37.

2. Abschnitt: Die Haftung der Miterben S. 38 - 43

Die Vertretung der Miterbengemeinschaft S. 38/39. Der Gegenstand der Haftung S. 39/40. Die Höhe der Schuld S. 40 - 43.

3. T e i l :

Der Einfluß der Testamentsvollstreckung auf die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden S. 44 - 115

1. Abschnitt: Die Regelung nach dem BGB S. 44 - 84

1. Kapitel: Überblick S. 44 - 48

Die Testamentsvollstreckung und die Verpflichtungsbefugnis des Erben S. 44. Die vermögenssondernde Wirkung der Testamentsvollstreckung S. 45. Die haftungsbeschränkende Wirkung der Testamentsvollstreckung S. 45 - 48.

2. Kapitel: Die endgültig unbeschränkte Haftung S. 48 - 52

Bei vorläufig unbeschränkter und vorläufig beschränkter Haftung S. 48/49. Nach Erlaß eines Ausschlußurteils S. 50/51. Bei nachfolgendem Ausschlußurteil S. 51/52.

3. Kapitel: Die endgültig beschränkte Bereicherungshaftung S. 52/53

Der Ausschluß der persönlichen Haftung des Erben S. 52. Die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaßrest S. 53.

4. Kapitel: Die vorläufig beschränkte Haftung S. 53/54

Die Dürftigkeitseinrede S. 53/54. Die Bedeutung des § 1990 BGB bei der Vererbung einzelkaufmännischer Unternehmen S. 54. (Zur Haftung der Miterbengemeinschaft vgl. Kapitel 6 S. 81 - 84).

5. Kapitel: Die vorläufig unbeschränkte Haftung S. 54 - 81

1. Titel: Überblick S. 54/55

Die Entstehung und die Geltendmachung einer Nachlaßschuld in ihrer Bedeutung für die vorläufig unbeschränkte Haftung

2. Titel: Der Einfluß der Nachlaßverwaltung S. 55 - 67

I. Die Haftung für die vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden S. 55 - 62.
Während der Dauer des Verfahrens S. 55.
Der Einfluß der Aufhebung des Verfahrens auf diese Schulden S. 55 - 62.

II. Die Haftung für die während des Bestehens der Nachlaßverwaltung begründeten Geschäftsschulden S. 62 - 66.
Das Verhältnis von Testamentsvollstrekkung und Nachlaßverwaltung S. 62 - 65, insbesondere: die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers während des Bestehens der Nachlaßverwaltung S. 64/65.
Der Einfluß der Aufhebung des Verfahrens auf die während seiner Dauer begründeten Geschäftsschulden S. 65.

III. Die Haftung für die nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung begründeten neuen Geschäftsschulden S. 66/67.

3. Titel: Der Einfluß des Nachlaßkonkurses S. 68 - 75

I. Die Haftung für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden S. 68 - 72.
Während der Dauer des Verfahrens S. 68.
Der Einfluß der Verfahrensbeendigung auf diese Schulden S. 68 - 72, insbesondere: die Haftung des Gemeinschuldners für die Masseschulden im Nachlaßkonkurs S. 68 - 70; die Stellung des Erben im Nachlaßkonkurs S. 69/70; die Beendigung des Konkurses nach der Verteilung der Masse bzw. nach dem Abschluß eines Zwangsvergleichs S. 70/71; der Gantverzicht S. 71/72.

II. Die Haftung für die während des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten Geschäftsschulden S. 72 - 74.
Das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Nachlaßkonkursverfahren S. 72/73. Die Verpflichtungsbefugnis des Testamentsvollstreckers während des Bestehens des Nachlaßkonkurses S. 73. Der Einfluß der Verfahrensbeendigung auf die während seiner Dauer begründeten Geschäftsschulden S. 73/74.

III. Die Haftung für die nach der Beendigung des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten neuen Geschäftsschulden S. 74/75.

4. Titel: Der Einfluß des Nachlaßvergleichs S. 75 - 81

I. Die Haftung für die vor der Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten neuen Geschäftsschulden S. 75 - 79. Die neuen Geschäftsschulden als nichtbeteiligte Schulden im Sinne von § 113 Nr. 6 VglO S. 76. Die Haftung während der Dauer des Nachlaßvergleichsverfahrens S. 77. Die Haftung bei Beendigung des Verfahrens nach Abschluß eines Zwangsvergleichs S. 77/78, bei Übergang des Verfahrens in einen Anschlußkonkurs S. 78, in anderen Fällen S. 79.

II. Die Haftung für die während der Dauer des Nachlaßvergleichsverfahrens begründeten Geschäftsschulden S. 79/80. Das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Nachlaßvergleichsverfahren S. 79. Die Haftung während des Verfahrens S. 80. Die Haftung nach der Beendigung des Verfahrens S. 80.

III. Die Haftung für die nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden S. 80/81.

6. Kapitel: Die Haftung der Miterben S. 81 - 84

Die Vertretung der Miterbengemeinschaft S. 82. Die Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten der einzelnen Miterben S. 82/83, insbesondere: die vorläufig beschränkte Haftung S. 83. Die Höhe der Verpflichtung des einzelnen Miterben S. 83/84.

2. Abschnitt: Die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker unter Berücksichtigung der Vorschriften des Handelsrechts S. 85 - 115

1. Kapitel: Überblick S. 85 - 93

Der Testamentsvollstrecker als Bevollmächtigter des Erben oder als treuhänderischer Geschäftsinhaber, insbesondere: der Einfluß dieser Stellungen auf den Bestand der Testamentsvollstreckung als solcher S. 85/86; die Problematik der Begründung dieser zusätzlichen Stellung S. 86 - 90 (insbesondere die Mitwirkung des Erben bei der Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers S. 87 - 89); das Verhältnis von Testamentsvollstreckung und Vollmacht bzw. treuhänderischer Geschäftsinhaberschaft S. 90 - 92; der Regreßanspruch des Testamentsvollstreckers bei der Konstruktion der treuhänderischen Geschäftsinhaberschaft S. 92. Der Ausgangspunkt der herrschenden Meinung S. 93.

2. Kapitel: Die Vereinbarkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker mit den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB S. 94 - 102

Die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Erben als Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 27 HGB S. 94/95. Die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 27 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrekker und ihre Folgen S. 95. Der Ausschluß der unmittelbaren Anwendung des § 25 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker S. 95/96.
Die entsprechende Anwendung der §§ 25 und 27 HGB auf die Testamentsvollstreckung S. 96 - 102, insbesondere: die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden als frühere Geschäftsschulden nach § 27 I HGB S. 97/98; mögliche Fälle beschränkbarer Haftung auch bei Anwendung des § 25 HGB S. 98 - 101. Zusammenfassende Beurteilung des Einflusses der §§ 25 und 27 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker S. 101/102.

3. Kapitel: Die Vereinbarkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs S. 102 - 115

Die Begriffe "Interesse der Geschäftsgläubiger" und "Bedürfnisse eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs" S. 102/103. Kennt das HGB das Prinzip unbedingter persönlicher Haftung ? S. 103 - 106, insbesondere: § 25 HGB und der Grundsatz der unbeschränkten Geschäftsinhaberhaftung S. 103/104; der allgemeine zivilrechtliche Grundsatz der unbeschränkten Vermögenshaftung S. 104/105; anerkannte Fälle beschränkbarer Geschäftsinhaberhaftung im HGB S. 105/106. Die Bedeutung des Zeitablaufs für die Haftung des Erben S. 106 - 108. Der Schutz gegen unlautere Ausnutzung des Haftungsbeschränkungsrechts zum Schaden der Geschäftsgläubiger S. 108 - 115, insbesondere: die Bedeutung des § 1978 BGB S. 109 - 113; der Schutz des § 1980 BGB S. 113 - 115.

S c h l u ß S. 116/117

Zusammenfassung S. 116. Bedeutung der Untersuchung für die allgemeine Stellung des Testamentsvollstreckers im Handelsrecht, insbesondere bei der Verwaltung eines OHG-Anteils S. 116/117.

Literaturverzeichnis

Die hier aufgeführten Werke werden, soweit nichts anderes angegeben ist, nur mit dem Nachnamen des Verfassers zitiert.

Bartholomeyczik, Horst: Erbrecht Ein Studienbuch, 3. Auflage München und Berlin 1958

derselbe: Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden, DGWR 1938, 321 ff

Barz, Carl Hans: Treuhandverwaltung und persönliche Haftung des Vermögensinhabers, NJW 1947, 44 f

Baumbach, Adolf: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, Band 9 in der Reihe Beck'sche Kurz-Kommentare, fortgeführt von Konrad Duden, 13. Auflage München und Berlin 1959
zitiert: Baumbach-Duden

Becher, Adolf: Die Haftung des Testamentsvollstreckers, Heidelberger Dissertation, Leipzig 1911

Binder, Julius: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil Leipzig 1901, II. Teil Leipzig 1903, III. Teil Leipzig 1905

Bley, Erich: Vergleichsordnung, 2. Auflage Berlin 1955

Boehmer, Gustav: Erbfolge und Erbenhaftung, Halle 1927

Bolte: Der Paragraph 27 des neuen Handelsgesetzbuches ZHR 51, 413

Bondi, Felix: Anmerkung zu RGZ 132, 138, JW 1931, 3073 ff

Buchwald, Friedrich: Gesellschaftsanteil und Erbrecht, AcP 154, 22

Cohn: Die Neuerungen des materiellen Firmenrechts nach dem künftigen Handelsgesetzbuch, GruchBeitr. 42, 46 ff

Dietrich, Hugo: Anmerkung zu RGZ 170, 172, DR 1943, 807

Dölle, Hans: Neutrales Handeln im Privatrecht, Festschrift für Fritz Schulz, Weimar 1951 Band II S. 268 ff

Donner, Günther: Der Testamentsvollstrecker des eingetragenen Einzelkaufmanns, des offenen Handelsgesellschafters, des Komplementärs und des Kommanditisten, DNotZ 1944, 143 f

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Band Allgemeine Einleitung und §§ 1 - 104 erläutert von Karl Geiler, Viktor Hoeniger, Julius Lehmann, 3. Auflage Mannheim/Berlin/Leipzig 1930
zitiert: Düringer-Hachenburg-Hoeniger usw.

Eccius: Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten, GruchBeitr. 43, 609 ff

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Fünfter Band: Erbrecht Ein Lehrbuch von Theodor Kipp, Zehnte Bearbeitung von Helmut Coing, Tübingen 1955
zitiert: Kipp-Coing

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffsrechtegesetz, Ehegesetz, Hausratsverordnung, unter Einarbeitung weiterer einschlägiger Bestimmungen, 2. Auflage Münster 1958, §§ 1922 bis 2063 bearbeitet von Horst Bartholomeyczik §§ 2064 bis 2302 bearbeitet von Franz Hense
zitiert: Ermann-Bartholomeyczik usw.

Godin, Reinhard Freiherr von: Nutzungsrechte an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen, Berlin 1949

Goldschmit, Friedrich: Die Beerbung des Einzelkaufmanns durch mehrere Erben, JW 1931, 3057 f

Groschuff: Zur Frage der Registerfähigkeit der Testamentsvollstrecker, Treuhänder und Zwangsliquidatoren, JW 1938, 1361 ff

Haegele, Karl: Der Testamentsvollstrecker, Regensburg 1953

derselbe: Handelsrechtliche Fragen um den Testamentsvollstrekker in der Rechtsprechung und im Schrifttum, Rpfleger 1956, 182 f

Heintzenberg, Rolf: Die Einzelunternehmung im Erbgang, Heft Nr. 3 der Abhandlungen aus dem Industrieseminar der Universität Köln, Berlin 1957

Holch, Georg: Testamentsvollstreckung an einer OHG-Beteiligung? DNotZ 1958, 282 ff

Hueck, Alfred: Schuldenhaftung bei Vererbung eines Handelsgeschäfts, ZHR 108, 1 ff

Jaeger, Ernst: Die Geschäftsaufsicht neuer Ordnung, W. Moeser Buchhandlung 1917
zitiert: Jaeger Geschäftsaufsicht

Jaeger: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Kommentar begründet von Ernst Jaeger, Erster Band §§ 1 - 70 KO bearbeitet von Friedrich Lent, 8. Auflage Berlin 1958
zitiert: Jaeger-Lent

Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Zweiter Band (KO §§ 47 - 244, Einführungsgesetze, Richtlinien, Nachtrag und Sachregister) 6. und 7. Auflage Berlin und Leipzig 1936

Johannsen, Kurt: Anmerkung zu BGHZ 12, 100 in Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs zu § 2216 Nr. 1

Kolb: Besprechung des 2. Bandes des Reichsgerichtsrätekommentars zum HGB, DJ 1943, 327

Krabbenhöft: Erbrechtliche Bestimmungen und Prüfungsrecht des Registergerichts in Firmensachen, Rpfleger 1948/49, 365 ff

derselbe: Übergang von Geschäftsverbindlichkeiten und Geschäftsforderungen beim Erwerb eines Handelsgeschäfts und beim Eintritt eines Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns, Rpfleger 1957, 158 ff

Kretzschmar: Die Gestaltung der Haftung des Erben, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer OHG oder einer KG als Teilhaber angehörte, ZBlFG 17, 1 ff

Krieger, Karl und Lenz, Otto: Firma und Handelsregister, Berlin 1938
zitiert: Krieger-Lenz

Lenz, Otto: Handelsregisterrechtliche Einzelfragen in der notariellen Praxis, DNotZ 1939, 320 ff

Mains, Karl: Der Testamentsvollstrecker im Handelsregister A, DFG 1939, 191

Mentzel, Franz: Kommentar zur Konkursordnung, 6. Auflage von Georg Kuhn Berlin und Frankfurt a. M. 1955
zitiert: Mentzel-Kuhn

Meyer, Friedrich: Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des Handelsgesetzbuches, Leipziger Dissertation, Leipzig 1904

Möhring, Oskar: Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlaßsachen, 4. Auflage Heidelberg 1955

Müller-Erzbach, Rudolf: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage Tübingen 1928

Oetker, Friedrich: Konkursrechtliche Erörterungen, ZHR 66, 193 ff

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Gleichberechtigungsgesetz, Einführungsgesetz, Verschollenheitsgesetz, Abzahlungsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Schiffsrechtegesetz, Ehegesetz, MRG 52 und 53, Besatzungsschädengesetz, Stationierungsschäden-Regelung u.a. Vorschriften, bearbeitet von Bernhard Danckelmann, Hans Gramm, Ulrich Hoche, Wolfgang Lauterbach, Ludwig Rechenmacher,
Band 7 in der Reihe Beck'sche Kurz-Kommentare 18. Auflage München und Berlin 1959
zitiert: Palandt-Danckelmann usw.

Pinner, Felix: Die Vererbung eines Handelsgeschäfts unter besonderer Berücksichtigung der Prinzipien im B.G.B. und im H.G.B., Rostocker Dissertation, Rostock 1904

Pisko, Oskar: Das kaufmännische Unternehmen, in:
Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See-und Binnenschiffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, herausgegeben von Viktor Ehrenberg, Zweiter Band Leipzig 1918 S. 195 f

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz
II. Band. 1. Hälfte. Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) §§ 241 - 432 bearbeitet u.a. von

Heinrich Siber, 4. Auflage Berlin 1914
V. Band. Erbrecht, bearbeitet u.a. von Flad, 4. Auflage Berlin und Leipzig 1930
zitiert: Planck-Siber usw.

Reichsgerichtsrätekommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
I. Band: Einleitung. Allgemeiner Teil. Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil), bearbeitet von Johannes Denecke und Friedrich Oegg
10. Auflage Berlin 1953
V. Band. Erbrecht, bearbeitet von Kurt H. Johannsen und Wilhelm Kregel
10. Auflage Berlin 1956
zitiert: Oegg in RGRKomm. z. BGB usw.

Reichsgerichtsrätekommentar zum Handelsgesetzbuch
Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts
Erster Band (§§ 1 - 104 HGB und Gesetz über die Kaufmannseigenschaft von Handwerkern), bearbeitet von Hans Würdinger
2. Auflage Berlin 1953
zitiert: Würdinger in RGRKomm. z. HGB

Riesenfeld, S.: Erbenhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Bände Berlin 1916

Rosenbaum, Ludwig: Grundsätze und Art der Haftung des Testamentsvollstreckers unter besonderer Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung und Rechtsprechung, Breslauer Dissertation, Habelschwerdt 1910

Schlegelberger: Handelsgesetzbuch in der seit dem 1. Oktober 1937 geltenden Fassung (ohne Seerecht), erläutert von Ernst Geßler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt, Georg Schröder
1. Band. 3. Auflage Berlin und Frankfurt a.M. 1955
zitiert: Schlegelberger-Hildebrandt

Schneider, Herbert, Zartmann, Hugo und Martin, Gustav: Familienunternehmen und Unternehmertestament, 2. Auflage Heidelberg 1956
zitiert: Schneider-Zartmann

Schönke, Adolf: Zwangsvollstreckungsrecht. Neu bearbeitet und erweitert um das Konkurs- und Vergleichsrecht von Fritz Baur. 6. Auflage Karlsruhe 1956
zitiert: Schönke-Baur

Schulteß, Adolf: Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des Handelsgesetzbuches, Leipziger Dissertation, Leipzig 1903

Siber, Heinrich: Haftung für Nachlaßschulden nach geltendem und künftigem Recht, Gruppe XI Nr. 2 der Schriften der Akademie für Deutsches Recht
Berlin und Leipzig 1937

derselbe : Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB, JherJb. 67, 81 ff
zitiert: Siber JherJb.

Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz unter Verwendung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre III. Band. Sachenrecht, Familien- und Erbrecht §§ 854 bis 2385. §§ 1922 bis 2385 bearbeitet von Eder und Ehard.
8. Auflage Stuttgart und Köln 1955
zitiert: Soergel-Ehard-Eder

Sommer-Karl: Der Testamentsvollstrecker im Handelsrecht, DNotZ 1936, 937 ff

v. Spreckelsen, Hans: Der Begriff des privatrechtlichen Amts unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung
Band 41 der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, Breslau 1927

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Erster Band (§§ 1 - 177) Einleitung und §§ 1 - 104 bearbeitet von Felix Bondi
14. Auflage Berlin und Leipzig 1932
zitiert: Staub-Bondi

J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen
I. Band. Allgemeiner Teil, erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing
11. Auflage Berlin 1957
II. Band. Recht der Schuldverhältnisse. 3. Teil §§ 611 - 704. Erläutert von Hans C. Nipperdey, Heinz Mohnen, Dirk Neumann, Hermann Riedel
11. Auflage Berlin 1958
V. Band. Erbrecht. 1. Teil. Erläutert von Gustav Boehmer, Heinrich Lehmann, Karl Seybold
11. Auflage Berlin 1954
2. Teil. Lieferung 1: §§ 2197 - 2264, erläutert von Othmar Dittmann und Karl Firsching
10./11. Auflage Berlin 1956
zitiert: v. Staudinger-Coing usw.

Stegemann, Herbert: Die Vererbung eines Handelsgeschäfts. I. Band 3. Heft der Rostocker Rechtswissenschaftlichen Studien, Leipzig 1903

Vogels: Anmerkung zu KG JW 1939, 104 (= DJ 1939, 1006), DJ 1939, 1008

Vogels, Werner: Vergleichsordnung, bearbeitet von Artur Nölte
3. Auflage Berlin und Frankfurt a.M. 1952
zitiert: Vogels-Nölte

Waldmann: Zum Recht des Testamentsvollstreckers, DFG 1944, 37

Warneyer, Otto: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, 7. Auflage Berlin 1938

Weiler, Ferdinand: Die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben hinsichtlich einer personengesellschaftlichen Beteiligung des Erblassers, DNotZ 1952, 283 ff

Wurm, Heinrich: Testamentsvollstreckung und Schuldenhaftung des Erben eines Handelsgeschäfts, Bonner Dissertation, Würzburg 1935

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AKDR	Akademie für deutsches Recht
Anm.	Anmerkung
BankArch	Bank-Archiv
BB	Der Betriebsberater
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
DFG	Deutsche Freiwillige Gerichtsbarkeit
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ	Deutsche Justiz
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
EGHGB	Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GruchBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr. v. Gruchot
HGB	Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897
h.M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, begr. v. Ring
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts

JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen
KO	Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898)
L.-M.	Lindenmaier-Möhring: Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLG	Die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. v. Mugdan und Falkmann
Recht	Das Recht, Begr. v. Soergel
RG	Reichsgericht
RGRK und RGRKomm.	Reichsgerichtsrätekommentar
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Seite
SeuffArch	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
VglO	Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935
ZBlFG	Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht, begr. v. Goldschmidt
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Nach § 1922 BGB geht das Vermögen des Erblassers mit dem Erbfall kraft Gesetzes auf den Erben über: dieser wird unmittelbar mit dem Erbfall zum neuen Vermögensträger, ohne daß es dazu besonderer Übertragungsgeschäfte bedürfte.

In vielen Fällen wird er jedoch nicht in der Lage sein, das neu erworbene Vermögen auch sofort selbst zu verwalten; zwischen den Vermögensübergang und den Eintritt des Erben in die Verwaltung schiebt sich dann eine Übergangszeit. Dieses Zwischenstadium kann für das künftige wirtschaftliche Schicksal des Nachlasses jedoch von erheblicher Bedeutung sein. Man denke daran, daß sich in dem Nachlaß ein Unternehmen befindet, dessen Führung Sachkenntnis, Erfahrung und Geschick voraussetzt, die der Erbe noch nicht besitzt, oder daß der Nachlaß, bisher ein einheitliches Vermögen in der Hand des Erblassers, auf mehrere Erben aufgeteilt werden soll. Würde man hier dem Erben die Verwaltung des Nachlasses sofort überlassen oder würde man sofort mit der Versilberung des Nachlasses beginnen, so dürften sich regelmäßig Verluste ergeben, die bei sachgerechter Verwaltung des Nachlasses vermieden werden könnten. Wenn der juristisch einfach ausgestaltete Vermögensübergang nicht mit empfindlichen Vermögenseinbußen verbunden sein soll, so müssen in diesen und gleichgelagerten Fällen demnach Rechtsinstitute zur Verfügung stehen, die die Erfüllung derartiger Aufgaben auf eine möglichst sachgerechte Art und Weise ermöglichen.

Unter den mannigfachen Instituten, die das Gesetz zu diesem Zweck zur Verfügung stellt, nimmt die Testamentsvollstreckung eine hervorragende Stellung ein. Dennoch hat ihre Anordnung von jeher zu einer Fülle von Zweifelsfragen Anlaß gegeben. Derartige Fragen ergeben sich z.B. in den Fällen, in denen sich die Anordnung der Testamentsvollstreckung auf ein in dem Nachlaß befindliches einzelkaufmännisches Unternehmen erstreckt. Eine solche Bestimmung wurde lange Zeit hindurch für zulässig erachtet[1], und die Rechtsprechung beschäftigte sich lediglich mit Problemen, die sich aus der als wirksam angesehenen Testamentsvollstreckung für das Handelsgeschäft ergaben. U.a. wurde auch die

---

1) vgl. z.B. Wurm S. 48 und die dortige Anmerkung 152; ferner OLG Dresden JFG 5, 217 ff.

Frage erörtert, ob die Anordnung der Testamentsvollstreckung in das Handelsregister eingetragen werden könne oder müsse, was das OLG Dresden bereits im Jahre 1927 in einer eingehenden Entscheidung mit der Begründung verneinte, daß der Kreis der eintragungsfähigen Tatsachen geschlossen sei und die Testamentsvollstreckung nicht in diesen Kreis gehöre[1]; daß sie sich aber überhaupt auf ein Handelsgeschäft erstrecken könne, wurde dabei offensichtlich nicht in Zweifel gezogen.

Dieses Problem wurde erstmals untersucht, als das Reichsgericht im Jahre 1931 mit der Frage der Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung befaßt wurde[2]. In der Begründung seiner - die Eintragungsfähigkeit ebenfalls verneinenden - Entscheidung machte es sich nämlich nicht nur die registerrechtlichen Argumente zueigen, die das OLG Dresden bereits herangezogen hatte; vielmehr vertrat es außerdem die Auffassung, daß die Eintragung der Testamentsvollstreckung auch deshalb ausgeschlossen sei, weil die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker aus haftungsrechtlichen und firmenrechtlichen Gründen überhaupt unzulässig sei[3]. Da der Testamentsvollstrecker, so führte das Reichsgericht aus, immer nur Verbindlichkeiten mit Wirkung für den Nachlaß einzugehen, nicht aber darüber hinaus den Erben persönlich zu verpflichten in der Lage sei, würde die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker auf die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung hinauslaufen; das aber sei mit den Bedürfnissen eines sicheren und geordneten Handelsverkehrs und den Bestimmungen der §§ 22 und 27 HGB unvereinbar; bei dem Widerstreit der bürgerlichrechtlichen mit den handelsrechtlichen Vorschriften hätten letztere den Vorrang, wie sich auch aus Art. 2 EGHGB ergebe. Damit wurde also nicht nur die Eintragungsfähigkeit der Testamentsvollstreckung verneint, sondern darüber hinaus die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrekker überhaupt für unzulässig erachtet.

Auf diese Frage, d.h. die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Vollstrecker ein Handelsgeschäft fortführen kann,

---

1) JFG 5, 217 ff.
2) RGZ 132, 138 ff.
3) aaO S. 144

konzentrierte sich in der Folgezeit das Interesse in Wissenschaft und Rechtsprechung. Dabei fand die Ansicht des Reichsgerichts weitgehende Zustimmung: Die durchaus herrschende Meinung geht heute dahin, daß der Testamentsvollstrecker ein in einem Nachlaß befindliches Handelsgeschäft nicht als solcher, d.h. kraft seines Vollstreckeramtes und ohne Umgestaltung seiner Befugnisse, fortführen kann, sondern daß er dazu die Stellung eines Bevollmächtigten der Erben oder eines treuhändischen Geschäftsinhabers haben muß[1].

Allerdings erhoben Wurm[2] und Goldschmit[3] schon bald nach Bekanntwerden der Entscheidung des Reichsgerichts beachtliche Einwände gegen dessen Auffassung. Eine Widerlegung ihrer Argumente ist bisher, soweit ersichtlich, nicht erfolgt.

Im folgenden wird untersucht, ob die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker wirklich mit den haftungsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen des Handelsrechts unvereinbar ist. Den Erörterungen wird eine kurze Darstellung der Bedeutung, die die Testamentsvollstreckung für die Vererbung einzelkaufmännischer Unternehmen hat, vorangeschickt, da das zum Verständnis der folgenden Untersuchungen als geboten erscheint.

---

1) RGZ 132, 138; BGHZ 12, 100; KG JW 1936, 1137; JW 1937, 2599 (Nr. 38); JW 1939, 104; v. Staudinger-Dittmann Bem. 65 vor § 2197 und § 2205 Anm. 56; Kregel in RGRKomm. z. BGB § 2205 Anm. 1 b; Soergel-Ehard-Eder § 2205 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik § 1967 Anm. 8 b ß; Erman-Hense § 2205 Anm. 5; Palandt-Rechenmacher § 2205 Anm. 1 b; Schlegelberger-Hildebrandt § 22 Anm. 8; Würdinger in RGRKomm z. HGB § 27 Anm. 26; Krieger-Lenz § 22 Anm. 35 und § 27 Anm. 5; Baumbach-Duden § 1 Anm. 6 C; Kipp-Coing § 125 III 2 b, S. 488; Bartholomeyczik § 42 III 3, S. 244; Schneider-Zartmann S. 379; Heintzenberg S. 52; Möhring S. 235; v. Godin S. 108; Haegele S. 37 und Rpfleger 1956, 182 (183); Bondi JW 1931, 3073; Hueck ZHR 108, 1 (31); Johannsen L.-M. § 2216 Nr. 1; Sommer DNotZ 1936, 937 (938); Groschuff JW 1938, 1361 (1362); Lenz DNotZ 1939, 320 (322); Mains DFG 1939, 191; Krabbenhöft Rpfleger 1948/49, 365 (370); Waldmann DFG 1944, 37 (38); Donner DNotZ 1944, 143; Vogels DJ 1939, 1008; Barz NJW 1947/48, 44 (45); Holch DNotZ 1958, 282 (290); a.A. Wurm S. 55 ff; Goldschmit JW 1931, 3057 (3058).

Die Frage spielt auch bei der Verwaltung eines OHG-Anteils durch den Testamentsvollstrecker eine Rolle. Auch insoweit glaubt die h.M. dem Vollstrecker die Verwaltungsbefugnis aus haftungsrechtlichen Gründen absprechen zu müssen; vgl. Holch aaO S. 290 Fußnote 42.

2) aaO S. 55 ff.

3) aaO S. 3058

1. T e i l :

Die Bedeutung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung eines einzelkaufmännischen Unternehmens

1. Abschnitt: Überblick

Wenn § 1922 BGB bestimmt, daß das Vermögen des Erblassers mit dem Erbfall auf den oder die Erben übergeht, so kann es heute als gesicherte Erkenntnis angesehen werden, daß Vermögen im Sinne dieser Vorschrift nicht nur subjektive Rechte, sondern auch bestimmte vermögensrechtliche Beziehungen, sogenannte "Rechtslagen", sind. Das bedeutet zugleich, daß auch kaufmännische Unternehmen mit allen dazu gehörenden Gegenständen, Chancen und Beziehungen vererblich sind[1].

Ordnet der Erblasser nun für seinen Nachlaß eine Testamentsvollstrekkung an, so könnte hiervon auch ein in dem Nachlaß befindliches Handelsgeschäft erfaßt werden. Der Testamentsvollstrecker hat dann die letztwilligen Verfügungen auch in Bezug auf das Handelsgeschäft auszuführen (§ 2203 BGB). Er ist hierbei nur an den Inhalt dieser Anordnungen, nicht aber an Weisungen des Erben gebunden (§ 2216 II 1 BGB) und auch nicht gehindert, dem übereinstimmenden Willen aller Beteiligten zuwider eine vom Erblasser angeordnete Maßnahme auszuführen[2]. Bringt die Durchführung einer Einzelweisung allerdings eine erhebliche Gefahr für den Bestand des Nachlasses mit sich, so kann die Anordnung auf Antrag vom Nachlaßgericht außer Kraft gesetzt werden (§ 2216 II 2 BGB).

Allgemein ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, den Nachlaß in Besitz zu nehmen und über Nachlaßgegenstände entgeltlich zu verfügen (§2205 Satz 2 BGB); unentgeltliche Verfügungen kann er vornehmen, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu

---

1) BGHZ 7, 134 (136); v. Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 167; Erman-Bartholomeyczik § 1922 Anm. 4 e.

2) RGZ 74, 215 (218); 105, 246 (250); 133, 128 (134); BGH JZ 1958 167 (168); v. Staudinger-Dittmann § 2203 Anm. 6; Planck-Flad § 2203 Anm. 7.

nehmenden Rücksicht entsprechen (§ 2205 Satz 3 BGB). Der Testamentsvollstrecker ist weiterhin berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, wenn das zur ordnungsgemäßen Verwaltung erforderlich ist (§ 2206 I BGB); eine Nachlaßverbindlichkeit entsteht dabei sowohl dann, wenn die Begründung der Schuld objektiv erforderlich ist, als auch dann, wenn der Dritte dies entschuldbar annimmt[1]. Hat der Testamentsvollstrecker Zweifel, ob er eine bestimmte Verbindlichkeit einzugehen berechtigt ist, so kann er die Einwilligung des Erben dazu einholen (§ 2206 II 1 BGB). Diese nimmt dem Erben die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs gegen den Testamentsvollstrecker, wenn sich die Begründung der Schuld nachträglich als unvorteilhaft herausstellt[2]; da der Erbe über die Befugnisse des Testamentsvollstreckers jedoch nicht disponieren kann[3], sind die Erteilung oder die Verweigerung der Einwilligung für die Verpflichtung des Nachlasses ohne Bedeutung. Überschreitet der Testamentsvollstrecker seine Befugnisse bei der Eingehung einer Verbindlichkeit, dann haftet er dem Dritten persönlich nach § 179 BGB wie ein falsus procurator[4]. Der Testamentsvollstrecker ist schließlich in Prozessen für und gegen den Nachlaß zur Prozeßführung befugt; in Aktivprozessen steht ihm das Prozeßführungsrecht ausschließlich zu (§ 2212 BGB), in Passivprozessen kann auch der Erbe Partei sein (§ 2213 BGB).

Den Befugnissen des Testamentsvollstreckers entspricht die Pflicht, den Nachlaß ordnungsgemäß zu verwalten (§ 2216 I BGB). Verletzt er diese Pflicht schuldhaft, so macht er sich dem Erben gegenüber schadensersatzpflichtig (§ 2219 I BGB). Im übrigen besteht zwischen dem

---

1) RGZ 83, 348 (353); v. Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. 10; Planck-Flad § 2206 Anm. 3; Kregel in RGRKomm. z. BGB § 2206 Anm. 1; Kipp-Coing § 125 III 5 a, S. 487; Bartholomeyczik § 42 VI 1, S. 247; a.A. Rosenthal: "Über die Befugnis des Testamentsvollstreckers, den Nachlaß zu verpflichten" GruchBeitr 48, 735 (740)

2) v. Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. 15; Planck-Flad § 2206 Anm. 8; Kipp-Coing § 125 III 5 d, S. 491; Bartholomeyczik § 42 IV 2 a, S. 244 und VI 4, S. 248; Siber JherJb 67, 81 (134).

3) RGZ 74, 215 (219); 81, 166 (170); BGH JZ 1958, 167 (168); v. Staudinger-Dittmann § 2203 Anm. 7; Planck-Flad § 2203 Anm. 1; Haegele S. 21.

4) v. Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. 19; Planck-Flad § 2206 Anm. 9; Kipp-Coing § 125 III 5 e, S. 492; Bartholomeyczik § 42 VI 3, S. 247.

Testamentsvollstrecker und dem Erben ein gesetzliches Schuldverhältnis[1], auf das die Vorschriften über den Auftrag weitgehend Anwendung finden (§ 2218 BGB). Diese Vorschriften über die Pflichten des Testamentsvollstreckers sind zwingender Natur und stellen damit ein gewisses Gegengewicht gegen seine weitgehenden Befugnisse dar: der Erblasser kann den Vollstrecker von diesen Pflichten überhaupt nicht befreien (§ 2220 BGB), der Erbe nur, soweit er nach allgemeinen Vorschriften auf Ansprüche verzichten kann[2].

Das Amt des Testamentsvollstreckers dauert von der Annahme (§ 2202 I BGB) bis zum Tode des Testamentsvollstreckers oder der Erledigung aller Aufgaben[3]; der Vollstrecker kann es aber auch jederzeit kündigen (§ 2226 BGB); aus wichtigem Grund kann er schließlich auf Antrag eines Beteiligten durch das Nachlaßgericht entlassen werden (§ 2227 BGB).

2. Abschnitt: Die Abwicklungsvollstreckung

Wenn die Testamentsvollstreckung, wie wir sahen, dazu dient, dem Erblasser eine Einwirkung auf die Geschicke seines Vermögens für die Zeit nach seinem Tode zu ermöglichen, so muß sie eine gewisse individuelle Ausgestaltung zulassen, um den vielfältigen Wünschen der Erblasser dienen zu können. Häufig wird der Erblasser nur die Form der Auflösung des Nachlasses und seine Übertragung auf den oder die Erben und sonstigen Berechtigten gesichert sehen wollen. Nur in besonders gelagerten Fällen wird er darüber hinaus beabsichtigen, für eine längere Zeit nach seinem Tode bestimmenden Einfluß auf den Nachlaß zu nehmen. Deshalb ist der Testamentsvollstrecker auch in der Regel, d.h. soweit der Erblasser ihm keinen anderen Aufgabenkreis gegeben hat,

---

1) v. Staudinger-Dittmann § 2218 Anm. 1; Planck-Flad § 2218 Anm. 1 und Bem. 3 b vor § 2197; Bartholomeyczik § 42 XII 1, S. 254.

2) v. Staudinger-Dittmann § 2219 Anm. 18; Planck-Flad § 2219 Anm. 4; Kipp-Coing § 130 II 7, S. 512.

3) RGZ 81, 166; v. Staudinger-Dittmann § 2225 Anm. 2; Planck-Flad Bem. 1 b vor § 2225 - 2227; Bartholomeyczik § 42 II 3 c, S. 243.

nur Abwicklungsvollstrecker[1]. Als solcher hat er alles zu tun, was im Einzelfall zur Abwicklung der Erbschaft erforderlich ist; er muß z.B. Nachlaßschulden berichtigen, Vermächtnisse und Auflagen erfüllen und die Erbschaftsteuer bezahlen. Die Annahme oder die Ausschlagung der Erbschaft stehen ihm allerdings nicht zu, denn er verwaltet den Nachlaß, nicht aber die Rechte des Erben an ihm[2]. Bei allen Maßnahmen ist er, wie erwähnt, nur an den Inhalt der letztwilligen Verfügungen, nicht aber an Weisungen des Erben gebunden.

Sind mehrere Erben vorhanden, so gehört die Verteilung des Nachlasses auf die Erben ebenfalls zu den Aufgaben des Abwicklungsvollstreckers (§ 2204 BGB). Die Auseinandersetzung erfolgt nach den Anordnungen des Erblassers und, wenn solche nicht vorhanden sind, und der Erblasser die Form der Auseinandersetzung nicht letztwillig dem billigen Ermessen des Testamentsvollstreckers überlassen hat[3], nach Maßgabe der §§ 2042 bis 2056 BGB.

3. Abschnitt: Die Dauervollstreckung - Verwaltungstestamentsvollstreckung

Die Abwicklung der Erbschaft in der geschilderten Form ist nicht die einzige Aufgabe, die dem Testamentsvollstrecker übertragen werden kann. Der Erblasser wird in bestimmten Fällen nicht nur die Teilung

---

1) Zur Terminologie: Diese Bezeichnung wird der ebenfalls gebräuchlichen Bezeichnung als "ausführende Testamentsvollstreckung" (vgl. z.B. Bartholomeyczik § 42 IV 2, S. 244; Palandt-Rechenmacher § 2203 Anm. 1) vorgezogen. "Ausführende Testamentsvollstreckung" ist kein Gegensatz zur Dauer- oder Verwaltungstestamentsvollstrekkung, da auch bei dieser die letztwilligen Verfügungen des Erblassers "ausgeführt" werden. Das Gegensatzpaar lautet nicht "ausführende" und "Dauervollstreckung", sondern "Abwicklungs-" und "Dauervollstreckung". Von "Abwicklungsvollstreckung" sprechen daher auch sprachlich richtig: v. Staudinger-Dittmann § 2203 Anm. 1 und Kipp-Coing § 125 III 2, S. 488.

2) Planck-Flad Bem. 4 b vor § 2197; Kipp-Coing § 125 III 7, S. 492; Bartholomeyczik § 42 IV 3 f, S. 246.

3) v. Staudinger-Dittmann § 2204 Anm. 7; Planck-Flad § 2204 Anm. 3 d; Bartholomeyczik § 42 IV 2 b, S. 244.

des Nachlasses und die Übertragung desselben auf die Berechtigten in seinem Sinne gesichert sehen wollen, sondern bestrebt sein, auf die Geschicke seines Vermögens auch dadurch Einfluß zu nehmen, daß er es auf längere Zeit der selbständigen Verwaltung durch einen Dauervollstrecker unterstellt. Es ist augenscheinlich, daß er damit weitaus nachhaltiger auf den Nachlaß einwirken kann als bei der Abwicklungsvollstreckung: Die Dauervollstreckung entzieht den Nachlaß dem Erben auf eine Zeit bis zu 30 Jahren oder bis zum Tode des Testamentsvollstreckers, des Erben oder einem anderen in der Person des einen oder des anderen eintretenden Ereignis (§§ 2210, 2211 BGB). Sie enthält zudem bei einer Mehrheit von Erben regelmäßig ein Teilungsverbot[1] und ermöglicht dem Vollstrecker schon bei Fehlen einer entgegenstehenden Anordnung die unbeschränkte Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß (§ 2209 Satz 3 BGB), während der Abwicklungsvollstrecker im Zweifel nur die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlichen Verbindlichkeiten eingehen kann (§§ 2206 I 1, 2207 Satz 1 BGB).

Bei dieser Rechtslage meinen manche[2], die Dauervollstreckung könne zu einer bedenklichen langjährigen fideikommissarischen Bindung des Nachlasses führen, weshalb auch schon frühzeitig rechtspolitische Bedenken gegen die geltende Regelung erhoben wurden[3]. Aber gerade dies, nämlich die Tatsache der u.U. langfristigen Bindung des Nachlasses in der Verwaltung des Dauervollstreckers, macht die Verwaltungstestamentsvollstreckung für denjenigen Erblasser, der auf lange Sicht hin Vorsorge für sein Vermögen zu treffen gehalten oder gewillt ist, zu einem interessanten Rechtsinstitut: Der Erblasser kann sich ihrer zum Schutze des Erben bedienen, wenn dieser verschwendungssüchtig ist (§ 2338 I 2 BGB); er kann dem überlebenden Elternteil, dem Vormund oder dem Vor-

---

1) v. Staudinger-Dittmann § 2209 Anm. 9; Planck-Flad § 2209 Anm. 6; Bartholomeyczik § 42 IX 1, S. 249.

2) vgl. z.B. Bartholomeyczik § 42 IX 1, S. 249.

3) Lange-Ohr: "Erwerb, Sicherung und Abwicklung der Erbschaft" 4. Denkschrift des Erbrechtsausschusses der AKDR 1940, S. 316 ff; Flad: "Testamentsvollstrecker" DFG 1936, 133; Palandt-Rechenmacher § 2209 Anm. 1.

mundschaftsgericht die Einwirkung auf den Nachlaß nehmen, wenn der Erbe minderjährig ist; denn das Vormundschaftsgericht beaufsichtigt den Testamentsvollstrecker selbst dann nicht, wenn der Erbe minderjährig ist[1]: der Erblasser wird durch die Dauervollstreckung schließlich aber - und das scheint der praktisch bedeutsamste Fall zu sein - in die Lage versetzt, die sachgerechte Verwaltung des Nachlasses auf lange Zeit hin zu sichern, wenn der Erbe aus Alters- oder sonstigen Gründen selbst nicht in der Lage ist, ihn zu verwalten. Es leuchtet ein, daß der Erbe hierzu umso eher außerstande sein wird, je schwieriger sich die Verwaltung eines Vermögens gestaltet. Gerade derjenige Erblasser, in dessen Nachlaß sich ein Handelsgeschäft befindet, wird es daher vorziehen, einem mit dem Geschäftsbetrieb vertrauten Dauervollstrecker die Verwaltung des gesamten Nachlasses oder auch nur des Handelsgeschäfts, was nach § 2208 I 2 BGB zulässig ist, zu übertragen, als diese dem vielleicht unerfahrenen Erben zu überlassen. Bei einer Mehrheit von Erben hat das außerdem den Vorteil, daß das Handelsgeschäft "zusammengehalten" wird[2] und daß sich Meinungsverschiedenheiten unter den Miterben nicht auf die Führung des Handelsgeschäfts auswirken (§ 2211 BGB). So bietet sich für den Inhaber eines Handelsgeschäfts, der dessen Fortbestand sichern will, die Führung des Geschäfts dem Erben aber nicht anvertrauen kann oder will, die Dauervollstreckung als geeignetes Rechtsinstitut zur Erreichung seiner Absichten an. Sicherlich könnte er dies alles auch auf einem anderen Wege, etwa durch Errichtung einer Handelsgesellschaft, erreichen. Der besondere Vorteil der Testamentsvollstreckung liegt für den Erblasser jedoch darin, daß es bei ihr keiner Rücksichten auf die Wünsche der Beteiligten, keiner Gründungsverträge und keiner Eintragungen bedarf, sondern daß der Erblasser seine Absichten durch eine einseitige Verfügung mit bindender Wirkung für die Beteiligten verwirklichen kann. Inhaltlich haben diese Verfügungen für die Beteiligten geradezu rechtssatzähnliche Bedeutung: der Testamentsvollstrecker und die Erben sind an sie gebunden wie der Vorstand und die Mitglieder an die Satzung eines Vereins.

---

1) RGZ 61, 139 (144); KG OLG 38, 259 (260); 39, 262 (263); v. Staudinger-Dittmann Bem. 26 vor § 2197; Planck-Flad § 2205 Anm. 7 a; Erman-Hense § 2205 Anm. 3. - Damit ergibt sich das Kuriosum, daß der Testamentsvollstrecker in bestimmten Fällen freier steht als der überlebende Elternteil; dieser bedarf nach § 1643 BGB der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, der Vollstrecker dagegen nicht.

2) s. o. Seite 26 Fußnote 1.

Einleitend wurde bereits darauf hingewiesen, daß die herrschende Auffassung heute dahin geht, der Vollstrecker könne ein Handelsgeschäft nicht als solcher fortführen[1]. An dieser Stelle wird nun deutlich, daß diese Frage für die Abwicklungsvollstreckung von untergeordneter Bedeutung ist. Denn derjenige Erblasser, der nur den Übergang des Handelsgeschäfts auf den Erben und die Übernahme der Verwaltung des Geschäfts durch den Erben sichern will, kann sich dazu notfalls auch anderer Mittel bedienen, indem er den Erben z.B. schon vorher anlernt oder indem er detaillierte Einzelweisungen gibt; der gewünschte Erfolg wird damit in der Regel zu erreichen sein, da nur für eine kurze Übergangszeit Vorsorge zu treffen ist. Völlig anders ist die Situation jedoch bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung: bei ihr kommt es gerade darauf an, für einen längeren Zeitraum Vorsorge zu treffen, und sie wird häufig gerade deshalb angeordnet, weil der Erbe in dieser Zeit für die Verwaltung des Handelsgeschäfts nicht in Betracht kommt. Verneint man auch insoweit die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung, so trifft das den Erblasser besonders hart; denn dann verliert er die gekennzeichneten besonderen Vorteile der Dauervollstreckung, und es ist fraglich, ob befriedigende Ersatzinstitute zur Verfügung stehen. Aus diesem Grunde, d.h. weil die Auffassung, der Testamentsvollstrecker könne ein Handelsgeschäft nicht als solcher fortführen, vor allem bei der Dauervollstreckung praktisch bedeutsam wird, soll die Frage der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung unter besonderer Berücksichtigung des Spezialfalls der Dauervollstreckung geprüft werden.

---

1) s. o. Seite 21 Fußnote 1.

2. T e i l :

Die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden in Fällen ohne Testamentsvollstreckung

1. Abschnitt: Die Haftung des Alleinerben

Wenn gegen die Zulässigkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker aus haftungsrechtlichen Gründen Bedenken erhoben werden, die in Fällen ohne Testamentsvollstreckung nicht geltend gemacht werden, so liegt es nahe, die Gestaltung der Haftung in beiden Fällen zu vergleichen, um an Hand der Unterschiede die Berechtigung der geltend gemachten Bedenken beurteilen zu können. Dieser Vergleich erstreckt sich lediglich auf die Haftung des Erben für neue, d.h. nach dem Erbfall begründete Geschäftsschulden. Auf die alten, d.h. die vom Erblasser herrührenden Geschäftsschulden, die Erblasserschulden, braucht deshalb nicht eingegangen zu werden, weil die Haftung des Erben für sie durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung keine Änderung erfährt. Dementsprechend beruhen die Bedenken des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung auch nicht auf der Haftung des Erben für die alten, sondern für die neuen Geschäftsschulden.

Da, wie wir sahen, ein in einem Nachlaß befindliches einzelkaufmännisches Unternehmen mit dem Erbfall auf den Erben übergeht, erhält der Erbe in Fällen ohne Testamentsvollstreckung die Möglichkeit, das Geschäft künftig selbst fortzuführen. Hierbei wird er auch neue Geschäftsschulden einzugehen haben. Diese neuen Geschäftsschulden haben nun eine Doppelnatur: Da das Handelsgeschäft ererbt ist, ist ihre Begründung zumindest so lange, als der Nachlaß noch im Interesse der Nachlaßgläubiger oder des Erben von dessen Eigenvermögen getrennt werden kann, Teil der Verwaltung des Nachlasses. Das kann bedeuten, daß die Geschäftsschulden nach besonderen erbrechtlichen Gesichtspunkten zu behandeln sind (a). Andrerseits erwirbt der Erbe durch die Fortführung des Handelsgeschäfts die Kaufmannseigenschaft[1]; damit sind die von ihm vorgenommenen Geschäfte im Zweifel Handelsgeschäfte (§§ 343, 344 HGB). Das wieder kann bedeuten, daß die neuen Geschäftsschulden nach beson-

1) v. Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 168.

deren handelsrechtlichen Gesichtspunkten behandelt werden müssen (b). Bei dieser Sachlage wird zu prüfen sein, ob die betreffenden erbrechtlichen und handelsrechtlichen Vorschriften miteinander vereinbar sind.

a) Vom erbrechtlichen Standpunkt aus ist zu der Frage der Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden folgendes zu bemerken: Hat sich der Nachlaß mit dem Erbenvermögen in der Hand des Erben vereinigt, so haftet - von abweichenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Erben und dem oder den Gläubigern abgesehen - für sämtliche Verbindlichkeiten des Erben das gesamte in seiner Hand befindliche Vermögen ohne Rücksicht darauf, ob die betreffende Schuld bei der Verwaltung des Nachlasses begründet wurde oder nicht[1]. Der Erbe kann also, solange die Vereinigung der beiden Vermögen besteht, aus dem Nachlaß Schulden begleichen, die er in seinem persönlichen Interesse begründet hat, und aus dem Erbenvermögen solche, die er bei der Verwaltung des Nachlasses eingegangen ist[2]. Kommt es nachträglich zur Trennung des Erbenvermögens vom Nachlaß, sei es, weil ein amtliches Verfahren (Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung) durchgeführt wird, sei es, weil der Erbe sich auf eine bestehende vorläufige Haftungsbeschränkung (z.B. § 1990 I 1 BGB) beruft, so erhebt sich die Frage, welche Vermögensmasse dem dann noch nicht befriedigten Gläubiger haftet. Daß der Nachlaßgläubiger sich dann nur an den Nachlaß und der Erbengläubiger sich nur an das Erbenvermögen halten können, liegt auf der Hand; denn zu dem Zweck wird die Haftungsbeschränkung gerade durchgeführt. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Behandlung der Schulden, die der Erbe bei der Verwaltung des Nachlasses begründet hat:

Einige Autoren vertreten den Standpunkt, der Erbe hafte für diese Schulden nur mit seinem Eigenvermögen[3]; denn, so wird argumentiert, solange der Nachlaß mit dem Erbenvermögen in der Hand des Erben vereinigt sei, sei er Vermögen des Erben und sei eine Verwaltungshandlung

---

1) Planck-Flad § 1967 Anm. 6.

2) Auf die Frage, wie der Ausgleich zwischen den Vermögensmassen bei einer nachträglichen Trennung durchgeführt wird, braucht an dieser Stelle noch nicht eingegangen zu werden.

3) Borcherdt: "Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten" AcP 94, 198; Eccius: "Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses" GruchBeitr 51, 564 (566) und 52, 810.

desselben stets Handeln in eigener Sache. Diese Begründung befriedigt in doppelter Hinsicht nicht: Einmal bleibt der Nachlaß auch Vermögen des Erben, wenn er von dessen Eigenvermögen getrennt ist; dann ist der Erbe zwar von der Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen, an seiner Vermögensträgerschaft ändert sich jedoch nichts. Zum andern aber steht dem Ausschluß der Haftung des Nachlasses der Gesichtspunkt entgegen, daß die betreffende Schuld gerade bei der Verwaltung des Nachlasses eingegangen wurde. Daß der Nachlaß nach der Trennung der Vermögen für eine Eigenschuld des Erben nicht mehr haftet, ist verständlich; denn diese Schuld hat mit der Verwaltung des Nachlasses nichts zu tun. Daß der Nachlaß aber für eine Schuld, die der Erbe bei der Verwaltung desselben begründet hat, nicht mehr haften soll, ist eigentlich nicht einzusehen; hier spricht vielmehr gerade die Tatsache, daß die Schuld bei der Verwaltung des Nachlasses begründet wurde, für die Weiterhaftung des Nachlasses. Man wird deshalb nicht annehmen können, daß für diese Schulden nur das Erbenvermögen und nicht auch der Nachlaß haftet.

Freilich ist damit nicht gesagt, daß die vom Erben bei der Verwaltung des Nachlasses begründeten Schulden nur Nachlaßschulden sind, wie von anderer Seite gelehrt wird[1]. Hiergegen spricht zumindest in den Fällen, in denen der Erbe nicht erkennbar nur für den Nachlaß aufgetreten ist, die Tatsache, daß derjenige Teilnehmer am Rechtsverkehr, der sich vorbehaltslos verpflichtet, grundsätzlich mit seinem ganzen Vermögen für die eingegangene Schuld haftet; das gilt auch für den Erben, der bei der Verwaltung des Nachlasses eine Verbindlichkeit eingeht und mit dem Gläubiger keine abweichende Vereinbarung trifft[2]. Hat sich der Erbe also vorbehaltslos verpflichtet, so muß er zumindest auch mit seinem Eigenvermögen für die Schuld haften.

---

1) Binder II S. 39 f, III S. 70; Stegemann S. 120, 128; Scheye: "Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses" GruchBeitr 52, 806 (809).

2) So RGZ 146, 343 (345). - Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine "abweichende Vereinbarung" angenommen werden kann, ist dabei allerdings bestritten. Das RG aaO S. 346 nimmt an, es genüge, wenn der Erbe erkennbar nur für den Nachlaß aufgetreten ist; Planck-Flad § 1967 Anm. 6 sehen hierin jedoch nur ein Indiz für einen vertraglichen Ausschluß der persönlichen Haftung des Erben. Letzteren wird zuzustimmen sein.

Hiernach ergibt sich die Situation, daß eine bei der Verwaltung des Nachlasses eingegangene Schuld zugleich Nachlaß- und Erbenschuld sein müßte: Ihre sachliche Beziehung zum Nachlaß begründet ihren Charakter als Nachlaßschuld, während die Tatsache, daß der Erbe sich vorbehaltlos verpflichtet, sie zur Erbenschuld macht. Daß ein Erbe nun eine bestimmte Schuld zugleich als Nachlaß- und als Erbenschuld begründen kann, wird heute durchweg anerkannt[1]. Derartige Verbindlichkeiten werden unter den Begriff der Nachlaß-Erbenschulden gefaßt. Die Haftung des Nachlasses ist bei ihnen gegeben, wenn die Eingehung der Schuld vom Standpunkt eines ordentlichen Verwalters aus erforderlich war[2]; nicht nötig ist, daß der Erbe erkennbar für den Nachlaß aufgetreten ist[3]. Die grundsätzlich gegebene Haftung des Erbenvermögens kann vertraglich abbedungen werden[4]; ein Anhaltspunkt hierfür kann darin liegen, daß der Erbe erkennbar nur für den Nachlaß aufgetreten ist. Unter erbrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, stellt sich eine vom Erben begründete Geschäftsschuld also als Nachlaß-Erbenschuld dar.

b) Es fragt sich nun, wie derartige neue Geschäftsschulden unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilen sind. Dazu ist folgendes zu bemerken:
Wie wir sahen[5], wird bereits das BGB von der Grundregel beherrscht, daß ein Schuldner für die volle geschuldete Leistung grundsätzlich mit seinem gesamten Vermögen einstehen muß; nur ausnahmsweise, nämlich bei abweichenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner oder bei abweichenden gesetzlichen Regelungen, tritt eine rechnerische oder gegenständliche Haftungsbeschränkung ein. Entsprechend dem Grundsatz der Ergänzung des HGB durch das BGB (Art. 2 EGHGB) gilt dieses Prinzip nun auch im Handelsrecht: auch hier haftet der Schuldner demnach - von abweichenden gesetzlichen Regelungen oder

---

1) RGZ 90, 91 (93); 112, 129 (131); 146, 343 (345); v. Staudinger-Lehmann § 1967 Anm. 24; Planck-Flad § 1967 Anm. 6.

2) RGZ 90, 91 (95); 112, 129 (131); v. Staudinger-Lehmann aaO; Planck-Flad aaO; Erman-Bartholomeyczik § 1967 Anm. 7.

3) a.A. OLG Hamburg SeuffArch 65, 257.

4) s. o. Seite 31 Fußnote 2.

5) s. o. Seite 31.

besonderen Vereinbarungen mit dem Gläubiger abgesehen - mit seinem gesamten Vermögen für die volle geschuldete Leistung. Problematisch ist insoweit nur, welche abweichenden gesetzlichen Regelungen im Handelsrecht beachtet werden dürfen. Sicherlich kann sich der Schuldner auf eine im HGB selbst vorgesehene Haftungsbeschränkung berufen, so z.B. der Kommanditist nach § 171 I HGB. Ob der Schuldner sich darüber hinaus auch auf eine lediglich nach BGB bestehende gesetzliche Haftungsbeschränkung berufen kann oder ob das Handelsrecht nur die im HGB normierten Haftungsbeschränkungen anerkennt, ist zweifelhaft. Diese für die vorliegende Untersuchung wichtige Frage kann hier jedoch noch dahingestellt bleiben. Führt der Erbe das ererbte Handelsgeschäft nämlich selbst fort, so sind die von ihm begründeten Geschäftsschulden schon nach bürgerlichrechtlichen Gesichtspunkten Nachlaß-Erbenschulden, das heißt aber Schulden, für die er auch mit seinem Eigenvermögen ohne die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung haftet. Damit genügt seine Haftung schon nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen den Anforderungen, die das Handelsrecht überhaupt nur an sie stellen kann: Strenger als persönlich unbeschränkt haftet der Erbe auch dann nicht, wenn man davon ausgeht, daß im Handelsrecht nur die handelsrechtlich vorgesehenen Haftungsbeschränkungen Beachtung finden können.

Der Vergleich zwischen den bürgerlichrechtlichen und den handelsrechtlichen Grundsätzen zeigt demnach bezüglich der persönlichen Haftung des Erben keinen Widerspruch: Sowohl nach handelsrechtlichen als auch nach erbrechtlichen Grundsätzen haftet der Erbe für die neuen Geschäftsschulden mit seinem Eigenvermögen; beide Systeme stehen einem Ausschluß der Haftung des Erbenvermögens durch eine spezielle Vereinbarung mit einem Gläubiger nicht entgegen; wird nach erbrechtlichen Vorschriften ein Haftungsbeschränkungsverfahren durchgeführt, so berührt das die persönliche Haftung des Erben auch nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen nicht, da die neuen Geschäftsschulden, auch unter erbrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet, Nachlaß-Erbenschulden sind.

Allerdings haben diese neuen Geschäftsschulden auch den Charakter von Nachlaßschulden. Das bedeutet, daß die Geschäftsgläubiger auf der einen Seite bei der Durchführung des Nachlaßsonderungsverfahrens die bevorzugte Stellung der Nachlaßgläubiger einnehmen (I); bei einem Gläubigeraufgebot können sie damit auf der anderen Seite aber auch ausgeschlossen werden (II). Es fragt sich, wie sich diese Tatsachen mit den handelsrechtlichen Vorschriften vereinbaren lassen.

I. Der Umstand, daß die neuen Geschäftsgläubiger bei einer Gütersonderung die bevorzugte Stellung von Nachlaßgläubigern haben, kann gegen die Vorschriften des Handelsrechts nicht verstoßen, da er den Gläubigern lediglich eine Verbesserung ihrer Stellung bringt; diese zu verhindern, kann jedoch nicht im Interesse des "gläubigerfreundlichen" Handelsrechts liegen. Wenn die §§ 25 I, 27 I HGB daher auch vorschreiben, daß der Erbe die Haftung für die alten Geschäftsschulden unter den dort bezeichneten Voraussetzungen nicht beschränken kann, so ist damit über das Recht der alten Geschäftsgläubiger, trotz der endgültig unbeschränkten Haftung des Erben die Nachlaßsonderung durchzuführen, um den Nachlaß der Konkurrenz der Erbengläubiger zu entziehen, nichts gesagt. Im Bürgerlichen Recht bleibt den Nachlaßgläubigern die Befugnis zur Nachlaßsonderung auch dann erhalten, wenn der Erbe nach erbrechtlichen Bestimmungen endgültig unbeschränkt haftet (§ 2013 BGB). Das muß auch gelten, wenn die endgültig unbeschränkte Haftung des Erben nicht auf erbrechtlichen, sondern auf handelsrechtlichen Vorschriften beruht: da diese über die Haftungssonderung keine Bestimmungen treffen, wäre es ein geradezu widersinniges Ergebnis, wenn das Gesetz den Geschäftsgläubigern in den Fällen, in denen es ihre Stellung ersichtlich verbessert, indem es dem Erben das Privileg der Haftungsbeschränkung generell nimmt, das Recht einer Nachlaßsonderung nehmen sollte, das ihnen ohne diese spezielle Vergünstigung bereits zusteht. Die Vorschriften der §§ 25 I, 27 I HGB können daher nur in dem Sinne ausgelegt werden, daß dem Erben zwar die Möglichkeit der erbrechtlichen Haftungsbeschränkung genommen ist, den Geschäftsgläubigern aber der Vorzug der Nachlaßsonderung erhalten bleibt. - Gilt das für die alten Geschäftsschulden, so kann die Rechtslage bei den neuen Geschäftsschulden nicht anders sein. Die Haftung des Erbenvermögens wird hier nicht nur nach handelsrechtlichen, sondern, da die neuen Geschäftsschulden Nachlaß-Erbenschulden, also zugleich Erbenschulden sind, auch nach erbrechtlichen Gesichtspunkten gewährleistet. Schon nach diesen Bestimmungen sind die neuen Geschäftsgläubiger also berechtigt, sich bei einer Nachlaßsonderung ungestört von der Konkurrenz der Erbengläubiger aus dem Nachlaß zu befriedigen, obwohl der Erbe ihnen nebenher persönlich haftet. Daran kann sich nun dadurch, daß die persönliche Haftung des Erben nicht ausschließlich durch erbrechtliche, sondern zugleich durch handelsrechtliche Gesichtspunite gewährleistet wird, nichts ändern. Es wäre wiederum ein geradezu widersinniges Ergebnis, wollte man den neuen Geschäftsgläubigern aus handelsrechtlichen

Gesichtspunkten, die ihre Stellung gerade verbessern sollen, die Vorteile nehmen, die ihnen schon nach den bürgerlichrechtlichen Vorschriften zustehen.

Als Ergebnis bleibt demnach festzuhalten, daß handelsrechtliche Gesichtspunkte der bevorzugten Befriedigung der neuen Geschäftsgläubiger aus dem Nachlaß nicht entgegenstehen.

II. Die Tatsache, daß die vom Erben begründeten neuen Geschäftsschulden Nachlaß-Erbenschulden sind, bewirkt jedoch nicht nur, daß die Geschäftsgläubiger bei der Durchführung eines Nachlaßsonderungsverfahrens die bevorzugte Stellung der Nachlaßgläubiger haben, sondern müßte auch zur Folge haben, daß sie in einem Aufgebotsverfahren nach §§ 1970, 1973 BGB, § 991 ZPO ausgeschlossen werden können[1]. Das wird auch durchweg angenommen[2]. Man glaubt diese Folgerung aus der Tatsache, daß die neuen Geschäftsglaubiger als Nachlaß-Erbengläubiger zugleich Nachlaßgläubiger sind, ziehen zu müssen; als solche genössen sie zwar den Vorzug der Nachlaßsonderung (§ 1975 BGB), unterlägen aber auch der Gefahr, durch ein Gläubigeraufgebot ausgeschlossen und dann beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf den Nachlaßrest verwiesen zu werden. Da die neuen Geschäftsglaubiger zugleich Erbengläubiger sind, haftet ihnen nach dieser Auffassung das Erbenvermögen zwar in jedem Fall weiter; werden sie aber durch ein Gläubigeraufgebot ausgeschlossen, so haftet ihnen der Nachlaß nur nach § 1973. Diesen Gedankengängen ist zuzustimmen, soweit man die Nachlaß-Erbenschulden in ihrer Eigenschaft als Nachlaßschulden betrachtet; dann muß man tatsächlich zu der Auffassung kommen, daß die neuen Geschäftsgläubiger auch ausgeschlossen und damit, soweit sie den Nachlaß in Anspruch nehmen, auf den Nachlaßrest verwiesen werden können. Es bleibt jedoch zu überprüfen, wie sich die Tatsache, daß die Nachlaß-Erbengläubiger zugleichen Erbengläubiger sind, auf ihr Vorgehen gegen den Nachlaß auswirkt; denn bei diesem Vorgehen dürfen sie ja nicht nur in ihrer Stellung als Nachlaßgläubiger, sondern müssen, was, soweit

---

1) Die Frage wird dann bedeutsam, wenn die Haftung des Erbenvermögens für die neuen Geschäftsgläubiger uninteressant ist, der Nachlaß zwar noch genügend pfändbare Gegenstände enthält, der Erbe diese aber für die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger zurückhalten will.

2) v. Staudinger-Boehmer § 1922 Anm. 214; Boehmer S. 115; Bartholomeyczik § 50 VI 2, S. 305.

ersichtlich, bisher nicht beachtet wurde, auch in ihrer Stellung als Erbengläubiger gesehen werden.

Für denjenigen Erbengläubiger. der nur Erbengläubiger und nicht zugleich auch Nachlaßgläubiger ist, hat das Aufgebotsverfahren keinerlei Bedeutung: er kann seine Forderung in diesem Verfahren nicht anmelden[1] und wird daher auch von einem Ausschlußurteil nicht betroffen[2]. Ihm haftet daher in jedem Falle weiterhin das Erbenvermögen, aber nicht nur dieses, sondern auch der Nachlaß. Denn das Aufgebotsverfahren wirkt nur gegenüber den Nachlaßgläubigern, nicht aber auch gegenüber den Erbengläubigern; insbesondere werden diese nicht wie bei den amtlichen Nachlaßsonderungsverfahren (Nachlaßkonkurs, Nachlaßverwaltung, Nachlaßvergleichsverfahren) vom Zugriff auf den Nachlaß ausgeschlossen. M.a.W.: das Ausschlußurteil nimmt den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern zwar den Zugriff auf das Erbenvermögen und beschränkt sie auf den Nachlaßrest, es ändert die Stellung der Erbengläubiger jedoch nicht; benachteiligt die ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger also, ohne sie und die übrigen Nachlaßgläubiger wie die amtlichen Nachlaßsonderungsverfahren auch gegen die Konkurrenz der Erbengläubiger zu schützen. Da der Nachlaß aber, wie wir sahen[3], bis zu seiner Trennung vom Erbenvermögen für alle Schulden des Erben, also auch für dessen Eigenschulden haftet, können sich die Erbengläubiger auch nach einem Ausschlußurteil an den Nachlaß halten, ohne daß der Erbe sie mit der Begründung, sie hätten sich im Aufgebotsverfahren nicht gemeldet, auf den Nachlaßrest verweisen könnte. - Gilt das aber für die Erbengläubiger, die nur Erbengläubiger sind, so kann die Rechtslage hinsichtlich der Nachlaß-Erbengläubiger nicht anders sein. Sicherlich unterliegen diese den Vorschriften über das Aufgebotsverfahren, soweit man sie in ihrer Stellung als Nachlaßgläubiger betrachtet. Als Erbengläubiger können sie jedoch ungeachtet eines Aufgebotsverfahrens gegen den Nachlaß vorgehen, solange dieser Erbengläubigern überhaupt nur haftet. So wenig die neuen Geschäftsgläubiger also in ihrer Stellung als Erbengläubiger durch ein Ausschlußurteil vom Zugriff auf das Erbenvermögen ausgeschlossen wer-

---

1) vgl. § 1970 BGB: Die Nachlaßgläubiger können aufgefordert werden.
2) RGZ 92, 344; v. Staudinger-Lehmann § 1970 Anm. 14.
3) s. o. Seite 30 f.

den, so wenig sind sie in dieser ihrer Eigenschaft beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf den Nachlaßrest beschränkt, solange der Nachlaß den Erbengläubigern nur generell noch haftet. Entgegen der allgemein vertretenen Auffassung ist also festzuhalten, daß Nachlaß-Erbengläubiger, die sich in einem Aufgebotsverfahren nicht gemeldet haben, deshalb noch nicht beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf den Nachlaßrest verwiesen werden können.

Das bedeutet jedoch nicht, daß die neuen Geschäftsgläubiger ein Aufgebot vollkommen unbeachtet lassen können. Denn wenn der Ausschluß allein auch nicht bewirkt, daß sie beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf den Nachlaßrest verwiesen werden können, so droht ihnen diese Gefahr doch bei der späteren Durchführung eines Nachlaßsonderungsverfahrens, das allen Erbengläubigern den Zugriff auf den Nachlaß nimmt. Es bleibt zu prüfen, ob diese Tatsache mit handelsrechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen in Widerspruch steht. Die Frage ist zu verneinen. Eine spezielle handelsrechtliche Vorschrift, aus der sich die Unvereinbarkeit ergeben könnte, besteht nicht. Selbst wenn man aber einen allgemeinen handelsrechtlichen Grundsatz des Inhalts annehmen wollte, daß "Handelsgeschäfte ohne die sachliche Haftung des im Unternehmen vorhandenen Betriebsvermögens nicht denkbar sind"[1], kommt man zu keinem entgegengesetzten Ergebnis; denn die Geschäftsgläubiger haben es selbst in der Hand, die Beschränkung auf den Nachlaßrest zu verhindern und sich die Haftung des im Unternehmen befindlichen Betriebsvermögens zu sichern; sie brauchen ihre Forderungen dazu nur anzumelden. Solange das aber der Fall ist, kann die Tatsache, daß sie unter den gekennzeichneten Voraussetzungen beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf den Nachlaßrest beschränkt werden können, nicht zu der Annahme führen, zwischen den erbrechtlichen und den handelsrechtlichen Vorschriften bestehe insoweit ein Widerspruch.

Die neuen Geschäftsschulden, die ein Alleinerbe begründet, sind demnach Nachlaß-Erbenschulden, mag man sie unter erbrechtlichen oder unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten betrachten[2].

---

1) So Erman-Bartholomeyczik § 1967 Anm. 8 b δ; Bartholomeyczik DGWR 1938, 321 (324).

2) v. Staudinger-Lehmann Bem. 19 vor § 1967 und § 1967 Anm. 32; Erman-Bartholomeyczik § 1967 Anm. 8 b; Bartholomeyczik § 50 VII 1 b, S. 307.

2. Abschnitt: Die Haftung der Miterben

Vererbt sich ein einzelkaufmännisches Unternehmen auf einen einzelnen Erben, so liegt es in der Natur der Sache, daß nur dieser neue Geschäftsschulden begründen kann. Aus allgemeinen Gesichtspunkten ergibt sich dann weiterhin, daß der Erbe für diese neuen Geschäftsschulden in voller Höhe und nicht nur zu einem größeren oder geringeren Teilbetrag haftet. Lediglich die Frage, mit welchen Vermögensmassen er für die neuen Geschäftsschulden einstehen muß, ob nur mit dem Nachlaß oder auch mit dem Eigenvermögen, bedurfte der Erörterung.

Diese Frage ergibt sich auch bei der Vererbung eines einzelkaufmännischen Unternehmens auf eine Miterbengemeinschaft. Außerdem ist hier aber problematisch, durch wen Geschäftsschulden begründet werden müssen, damit sie gegen alle Miterben wirken, m.a.W. es stellt sich die Frage nach der Vertretung der Miterbengemeinschaft. Denkbar ist, daß das Auftreten eines Miterben genügt; es könnte aber auch erforderlich sein, daß alle Miterben zusammenwirken müssen. Von diesem Problemkreis abgesehen, ergibt sich als dritte zu klärende Frage die nach der Schuldhöhe: Haftet der einzelne Miterbe nur in der seinem Erbteil entsprechenden Höhe (Teilhaftung) oder haftet jeder in voller Höhe (gesamtschuldnerische Haftung) ?

a) Wie eine Miterbengemeinschaft rechtsgeschäftlich vertreten wird, ist im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Angesichts dieser Tatsache wird man von der Vorschrift des § 2038 BGB auszugehen haben. Wenn es dort (§ 2038 I 1) heißt, die Verwaltung des Nachlasses stehe den Erben gemeinschaftlich zu, so bezieht sich das zunächst auf die Regelung des Innenverhältnisses der Miterbengemeinschaft[1]. Insoweit enthält der Begriff der "Verwaltung" den im Gesellschaftsrecht gebräuchlichen der "Geschäftsführung". Darin erschöpft sich die Bedeutung des § 2038 BGB jedoch nicht. Vielmehr wird man auf Grund der Tatsache, daß eine allgemeine Vorschrift über die Vertretung der Miterbengemeinschaft fehlt und daß das Gesetz nicht den ausschließlich auf das Innenverhältnis bezogenen Ausdruck "Geschäftsführung" verwendet, annehmen müssen, daß § 2038 BGB auch die Vertretung der Miterbengemeinschaft regelt. Zumindest wird das für die Eingehung von Verbindlichkeiten durch die Mit-

---

1) Erman-Bartholomeyczik § 2038 Anm. 1; Kipp-Coing § 125 III 1, S. 389.

erbengemeinschaft zu gelten haben, da § 2040 BGB für die Vornahme von Verfügungen eine Sonderregelung gibt[1].

Die Anwendung der Vorschrift des § 2038 BGB auf die Eingehung von Verbindlichkeiten bedeutet, daß die Miterben regelmäßig nur verpflichtet werden, wenn sie die Schuld gemeinschaftlich begründet haben; für bestimmte Fälle sieht das Gesetz allerdings eine - einklagbare - Mitwirkungspflicht der einzelnen Miterben vor, in anderen hat der einzelne Miterbe sogar ein gesetzliches Alleinvertretungsrecht (§ 2038 I 2 BGB).

Von der Frage nach der Vertretungsmacht ist nun, wie erwähnt, zu unterscheiden, welche Wirkungen derartige Verpflichtungsgeschäfte der Miterbengemeinschaft haben, d.h. mit welchen Vermögensmassen und bis zu welchem Betrag der einzelne Miterbe haftet. Daß in beiden Fragen vertragliche Vereinbarungen zwischen der Miterbengemeinschaft oder dem einzelnen Miterben und den Geschäftsgläubigern möglich sind, begegnet keinen Bedenken: Die Vertragspartner können sich darauf einigen, daß die Haftung des einzelnen Miterben beschränkt oder unbeschränkt, daß sie gesamtschuldnerisch oder anteilig sein soll, und können die verschiedenen Möglichkeiten auch kombinieren.

b) Davon abgesehen, ist die Frage, mit welchen Vermögensteilen der einzelne Miterbe für eine Geschäftsschuld haftet, wie beim Alleinerben dahingehend zu beantworten, daß die neuen Geschäftsschulden der Miterbengemeinschaft Nachlaß-Erbenschulden sind, die Geschäftsgläubiger sich also an die Anteile der Miterben am Nachlaß und an die Eigenvermögen der Miterben halten können. Zur Begründung mag auf das dort[2] Gesagte verwiesen werden: Die einzelnen Eigenvermögen haften, weil jedes geschäftliche Auftreten im Rechtsverkehr, auch das einer Miterbengemeinschaft, mit persönlicher Haftung der Auftretenden verbunden ist, d.h. weil die das gesamte Zivilrecht beherrschende Grundregel der unbeschränkten Vermögenshaftung auch für die Glieder einer Miterbengemeinschaft gilt. Auch hier kann jedoch die Tatsache, daß die Miterben-

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 2038 Anm. 8; Erman-Bartholomeyczik § 2038 Anm. 2. - Nach § 2040 BGB können die Erben auch nur gemeinschaftlich verfügen; problematisch ist aber, ob § 2038 I 2 BGB dem gegebenenfalls vorgeht; vgl. hierzu v. Staudinger-Lehmann § 2038 Anm. 2; Kipp-Coing § 105 III 3 b, S. 390.

2) s. o. Seite 30 bis 37.

gemeinschaft als solche auftritt, für die Frage einer vertraglichen Vereinbarung über die Haftung von Bedeutung sein[1]. Die Verpflichtung des Nachlasses beruht hingegen wie beim Alleinerben auf der sachlichen Beziehung der neuen Geschäftsschulden zum Nachlaß; auch insoweit ist nicht erforderlich, daß die Miterbengemeinschaft erkennbar für den Nachlaß gehandelt haben müßte[2].

Damit genügen die neuen Geschäftsschulden der Miterbengemeinschaft auch den Erfordernissen des Handelsrechts: Dieses verlangt in keinem Fall mehr als die persönliche Haftung des Schuldners und steht weder der Tatsache, daß die neuen Geschäftsgläubiger bei der Durchführung eines Haftungsbeschränkungsverfahrens aus dem Nachlaß bevorzugt befriedigt werden, noch der, daß sie bei einem Gläubigeraufgebot ausgeschlossen werden können, entgegen, wie oben gezeigt wurde[3]. Einer Erörterung der Frage, ob das Handelsrecht darüber hinaus einen Satz des Inhalts kennt, daß nur solche gesetzlichen Haftungsbeschränkungen, die sich aus dem HGB ergeben, beachtet werden dürfen, bedarf es auch hier nicht, da die Miterben in jedem Fall schon nach dem bürgerlichen Recht mit ihren Eigenvermögen ohne die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung haften.

Die neuen Geschäftsgläubiger können sich also dann, wenn das einzelkaufmännische Unternehmen durch die Miterbengemeinschaft fortgeführt wird, an die Eigenvermögen der Miterben und an den Nachlaß halten. Prozessual bieten sich dazu zwei Wege: sie können den einzelnen Miterben verklagen und aus einem Titel gegen ihn in sein Eigenvermögen und in seinen Anteil am Nachlaß vollstrecken; für diese Klage ist unbeachtlich, ob der Nachlaß geteilt ist oder nicht; die neuen Geschäftsgläubiger können aber auch gegen alle Miterben die Gesamthandklage erheben und in den gesamten Nachlaß vollstrecken (§ 2059 II BGB); diese Möglichkeit besteht jedoch nur bis zur Nachlaßteilung.

c) Die Frage schließlich, bis zu welcher Höhe der einzelne Miterbe für die neuen Geschäftsschulden haftet, muß entsprechend dem Doppelcharakter dieser Schulden, d.h. angesichts der Tatsache, daß sie zugleich Nachlaß- und Erbenschulden sind, sowohl nach erbrechtlichen als

---

1) s. o. Seite 31 Fußnote 2 und Bartholomeyczik DGWR 1938, 321 (324).
2) s. o. Seite 32 Fußnote 2 und 3.
3) s. o. Seite 34 bis 37.

auch nach allgemeinen schuldrechtlichen Grundsätzen beurteilt werden. Soweit die durch die Miterbengemeinschaft begründeten Schulden Nachlaßschulden sind, hat man sie nach § 2058 BGB, soweit sie gemeinschaftliche Erbenschulden sind, nach § 427 BGB als Gesamtschulden anzusprechen. Der Unterschied beider Bestimmungen liegt darin, daß die Geschaftsschulden als Nachlaßgesamtschulden unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB in Teilschulden zerfallen, während sie als Erbengesamtschulden hiervon nicht betroffen werden.

Es ist zu fragen, wie sich dieser Unterschied auf die Stellung der Geschäftsgläubiger auswirkt, insbesondere ob er bewirkt, daß sie beim Vorgehen gegen den Nachlaß bzw. den Anteil des einzelnen Miterben am Nachlaß unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB nur entsprechende Teilforderungen geltend machen können, während sie beim Vorgehen gegen die einzelnen Miterbenvermögen die Forderung in voller Höhe einklagen können. Das bejahen hieße jedoch die Tatsache übersehen, daß der Nachlaß bis zur Durchführung eines Nachlaßsonderungsverfahrens nicht nur den Nachlaßgläubigern, sondern auch den Erbengläubigern haftet. Sicherlich können die Geschäftsgläubiger, soweit sie in ihrer Eigenschaft als Nachlaßgläubiger gegen den Nachlaß vorgehen, unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB nur Teilforderungen einklagen. Dieser Satz leidet jedoch keine Umkehrung, d.h. bedeutet nicht, daß unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB überhaupt nur Teilforderungen gegen den Nachlaß geltend gemacht werden können. Die neuen Geschäftsgläubiger können vielmehr, was sich bereits beim Gläubigeraufgebot zeigte[1], bis zur Durchführung eines Nachlaßsonderungsverfahrens auch in ihrer Eigenschaft als Erbengläubiger gegen den Nachlaß vorgehen, und insoweit findet der Zerfall in Teilschulden nicht statt, da § 2060 BGB nur für Nachlaßschulden gilt. Allerdings steht ihnen als Erbengläubigern der Zugriff auf den Nachlaß bzw. den Anteil des einzelnen Miterben am Nachlaß nur so lange frei, als kein Verfahren durchgeführt ist, das den Erbengläubigern die Haftung des Nachlasses nimmt. - Man wird die Frage, ob die neuen Geschäftsgläubiger unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB beim Vorgehen gegen den Nachlaß nur Teilforderungen einklagen können, also nicht für alle Fälle einheitlich beantworten können, sondern wie folgt zu unterscheiden haben:
Ist ein Nachlaßsonderungsverfahren durchgeführt, das den Erbengläubigern den Zugriff auf den Nachlaß nimmt, so sind die Nachlaß-Erbengläu-

1) s. o. Seite 35 ff.

biger unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf die Geltendmachung von Teilforderungen beschränkt; haftet der Nachlaß hingegen noch den Erbengläubigern, so können die Nachlaß-Erbengläubiger - und zwar in ihrer Eigenschaft als Erbengläubiger - auch unter den Voraussetzungen des § 2060 BGB in voller Schuldhöhe in den Nachlaß vollstrecken. Da den Erbengläubigern der Zugriff auf den Nachlaß jedoch jederzeit genommen werden kann, sind die neuen Geschäftsgläubiger letztlich doch der Gefahr ausgesetzt, nach § 2060 BGB auf die Geltendmachung von Teilforderungen gegen den Nachlaß beschränkt zu werden.

Es bleibt zu untersuchen, ob sich diese Tatsache mit den handelsrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen vereinbaren läßt oder ob das Handelsrecht einem Zerfall der Geschäftsschulden in Teilschulden zwingend entgegensteht. Die Frage hat eine ausdrückliche Regelung nicht gefunden, muß daher nach allgemeinen Gesichtspunkten beantwortet werden.

Nach § 2060 BGB zerfallen die Nachlaßschulden unter folgenden Voraussetzungen in Teilschulden: wenn der Gläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wurde (Ziffer 1), wenn er seine Forderung später als fünf Jahre nach dem Erbfall anmeldet und die Miterben von ihrer Existenz keine Kenntnis hatten (Ziffer 2) oder wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet und durch Verteilung der Masse oder durch Abschluß eines Zwangsvergleichs beendigt wurde (Ziffer 3).

Von diesen Fällen scheidet der der Ziffer 2 - fünfjährige Verschweigung der Forderung bei Unkenntnis auch nur eines Miterben vom Bestehen der Forderung - für die vorliegende Untersuchung aus, da er bei neuen Geschäftsschulden nicht denkbar ist. Im Falle der Ziffer 1 - Ausschluß des Gläubigers im Aufgebotsverfahren - dürfte der Zerfall in Teilschulden nicht gegen die Anforderungen des Handelsrechts verstoßen, weil der Gläubiger diesen Nachteil durch die Anmeldung seiner Forderung aus eigener Kraft verhindern kann. Insoweit ergibt sich dieselbe Situation, die schon oben[1)] bei der Frage beleuchtet wurde, ob die Beschränkung der Zugriffsmöglichkeit des ausgeschlossenen Geschäftsgläubigers auf den Nachlaßrest mit dem Handelsrecht vereinbar ist. Aus demselben Grunde liegt schließlich auch in den Fällen der Ziffer 3 - Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse oder durch

---

1) Seite 37 f.

Abschluß eines Zwangsvergleichs - kein Verstoß gegen die Anforderungen des Handelsrechts vor. Geschäftsgläubiger, die von der Vorschrift des § 2060 Ziffer 3 BGB nur deshalb betroffen werden, weil sie am Konkursverfahren nicht teilgenommen haben, während sie dann, wenn sie am Verfahren teilgenommen hätten, die volle Erfüllung ihrer Forderungen erlangt hätten, verdienen keinen Schutz; auch für sie gilt der Satz, daß der Zerfall einer Forderung in Teilforderungen keinen Verstoß gegen die Anforderungen des Handelsrechts begründen kann, wenn der Gläubiger dieser Forderung den Nachteil aus eigener Kraft verhindern kann. Immerhin sind nach § 2060 Ziffer 3 BGB aber auch Fälle denkbar, in denen die Forderungen zerfallen, obwohl die Gläubiger sich im Konkurs gemeldet haben, und zwar ist das dann der Fall, wenn die Konkursmasse nicht zur vollständigen Berichtigung der neuen Geschäftsschulden gereicht hat; dann haben die Gläubiger es nicht in der Hand, den Zerfall ihrer Forderungen in Teilforderungen zu verhindern. Hier greift jedoch der Gesichtspunkt ein, daß sie als Erbengläubiger gegen den Nachteil des § 2060 BGB geschützt sind. Denn nach der Verteilung der Konkursmasse bzw. nach dem Abschluß eines Zwangsvergleichs beschränkt sich zwar die Haftung des Erben für die Nachlaßschulden auf den Nachlaßrest, die Erbengläubiger können sich jedoch wieder an den Nachlaß halten, ohne daß ihnen hierbei die Vorschrift des § 1989 BGB entgegengehalten werden könnte; d.h. die haftungsbeschränkende Wirkung des Nachlaßkonkurses setzt sich nach dessen Beendigung in der Form der endgültig beschränkten Bereicherungshaftung fort, während die vermögenssondernde Wirkung des Verfahrens dieses nicht überdauert. Können sich aber die Erbengläubiger wieder an den gesamten Nachlaß halten, dann können die Nachlaß-Erbengläubiger in ihrer Stellung als Erbengläubiger auch wieder die vollen Forderungen geltend machen; denn die Vorschrift des § 2060 Ziffer 3 BGB gilt für sie nur insoweit, als sie in ihrer Stellung als Nachlaßgläubiger gegen den Nachlaß vorgehen. Demnach steht die Bestimmung des § 2060 Ziffer 3 BGB ebenfalls nicht mit den Anforderungen des Handelsrechts in Widerspruch.

Aus den vorstehenden Untersuchungen ergibt sich somit, daß die neuen Geschäftsschulden einer Miterbengemeinschaft ebenso wie die eines Alleinerben sowohl nach erbrechtlichen als auch nach handelsrechtlichen Gesichtspunkten Nachlaß-Erbenschulden sind.

3. T e i l :

Der Einfluß der Testamentsvollstreckung auf die Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden

1. Abschnitt: Die Regelung nach dem BGB

1. Kapitel: Überblick

Bot die Vererbung des Handelsgeschäfts dem Erben in Fällen ohne Testamentsvollstreckung die Möglichkeit, das Geschäft selbst fortzuführen und dabei neue Geschäftsschulden einzugehen, so steht ihm dieses Recht nicht zu, wenn der Erblasser einen Testamentsvollstrecker ernannt und dieser sein Amt angenommen hat; denn dann ist dem Erben nach § 2211 BGB das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß insoweit genommen, als es dem Testamentsvollstrecker zusteht. Das bedeutet zwar nicht, daß der Erbe gar keine Verbindlichkeiten mehr eingehen könnte; während des Bestehens der Testamentsvollstreckung haftet der Nachlaß für die Verbindlichkeiten des Erben jedoch nicht (§ 2214 BGB), und zwar auch dann nicht, wenn der Erbe sie für den Nachlaß begründen wollte oder ihre Eingehung sogar objektiv im Interesse des Nachlasses lag; denn nur der verwaltungsbefugte Erbe ist zur Begründung von Verbindlichkeiten, aus denen sich eine Verpflichtung des Nachlasses ergibt, in der Lage[1]. Damit scheidet der Erbe bei bestehender Testamentsvollstreckung für die Begründung neuer Geschäftsschulden praktisch aus. An seine Stelle tritt der Testamentsvollstrecker. Dieser ist nach §§ 2206 I, 2207 Satz 1, 2209 Satz 2 BGB zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß und damit zur Begründung neuer Geschäftsschulden befugt. Aus den von ihm begründeten Geschäftsschulden wird er selbst jedoch nicht verpflichtet[2], Schuldner ist vielmehr der Erbe als Vermögensträger des Nachlasses; damit ergibt sich die Frage, wie sich die Stellung der neuen Geschäftsgläubiger aus den von dem Testamentsvollstrecker getätigten Geschäften gestaltet. Auch diese Frage ist sowohl unter erbrechtlichen als auch unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten zu betrachten. In diesem Teil werden zunächst die erb-

---

1) Kipp-Coing § 127 III, S. 501.

2) RGZ 80, 416 (418); v. Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. 16; Planck-Flad § 2206 Anm. 7; Kipp-Coing § 125 III 5 e, S. 492.

rechtlichen und in einem zweiten Abschnitt die handelsrechtlichen Fragen untersucht.

Steht auf Grund der bisherigen Untersuchungen fest, daß die neuen Geschäftsgläubiger in Fällen ohne Testamentsvollstreckung Nachlaß-Erbengläubiger sind, d.h. daß sie sich - von abweichenden vertraglichen Vereinbarungen abgesehen - stets an das Eigenvermögen des Erben halten können und daß sie daneben die Stellung von Nachlaßgläubigern einnehmen, so zeigt der Vergleich dieser mit der bei der Testamentsvollstreckung geltenden Regelung als erstes, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Fortführung des Geschäfts durch den Vollstrecker die neuen Geschäftsgläubiger starker gegen die Eigengläubiger des Erben schützen. Denn während die neuen Geschäftsgläubiger in Fällen ohne Testamentsvollstreckung die Anordnung amtlicher Verfahren betreiben müssen, um die Erbengläubiger vom Zugriff auf den Nachlaß auszuschließen, tritt die Nachlaßsonderung bei der Testamentsvollstreckung automatisch ein, da den Erbengläubigern der Zugriff auf die der Verwaltung des Vollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände für die Dauer der Testamentsvollstreckung eo ipso verwehrt ist (§ 2214 BGB). Die Anordnung der Testamentsvollstreckung bringt den Geschäftsgläubigern also einen erheblichen Vorteil: Die Konkurrenz der Erbengläubiger brauchen sie bei der Vollstreckung in den Nachlaß überhaupt nicht zu befürchten, während sie ohne Testamentsvollstreckung auf der Hut sein müssen, das Nachlaßsonderungsverfahren rechtzeitig, nämlich ehe die Erbengläubiger zugegriffen haben, zu betreiben.

Können die Geschäftsgläubiger nun allerdings nicht damit rechnen, daß ihre Forderungen aus dem Nachlaß voll berichtigt werden, während der Erbe genügend Eigenvermögen hat, so haben sie weniger Interesse an einer Nachlaßsonderung als an der Haftung des Erbenvermögens. Dieses Interesse wird, wie gezeigt, in Fällen ohne Testamentsvollstreckung geschützt, da dem Erben hier die Möglichkeit genommen ist, sich der persönlichen Haftung für die neuen Geschäftsschulden zu entziehen. Die Frage ist nun, ob die Geschäftsgläubiger diesen Vorteil durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung verlieren.

Das wäre sicherlich der Fall, wenn der Erbe für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden von Anfang an nur mit dem Nachlaß haften würde. Diese Auffassung wird zwar vereinzelt ver-

treten[1], dürfte dem Gesetz jedoch nicht entsprechen. So schließt Boehm aaO aus dem Wortlaut des § 2206 I BGB[2], die Haftung des Erben sei von Anfang an beschränkt, so daß dieser sich nicht erst eines Haftungsbeschränkungsmittels zu bedienen brauche, um persönlich frei zu bleiben. Dem steht jedoch die Vorschrift des § 2206 II BGB entgegen. Hiernach ist der Erbe verpflichtet, die Einwilligung zu den im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker eingegangenen Verbindlichkeiten zu erteilen, jedoch "unbeschadet des Rechts, die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen". Daraus, daß das Gesetz dem Erben das Haftungsbeschränkungsrecht ausdrücklich vorbehält, ergibt sich indirekt, daß die durch den Testamentsvollstrecker für den Nachlaß eingegangenen Verbindlichkeiten Nachlaßschulden sind; denn andernfalls hätte das Gesetz dem Erben nicht gestattet, "die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten geltend zu machen", sondern einfacher formuliert: "unbeschadet des Ausschlusses seiner persönlichen Haftung"[3]

Eine andere Begründung für die Auffassung, der Erbe hafte für die vom Testamentsvollstrecker für den Nachlaß eingegangenen Schulden von Anfang an beschränkt, gibt v. Spreckelsen aaO: Er meint, der Grund für die Beschränkung der Erbenhaftung sei, wie die §§ 1975 und 2059 BGB zeigten, darin zu sehen, daß dem Erben die Möglichkeit genommen sei, die Nachlaßschulden mit Mitteln des Nachlasses zu erfüllen. In dieser Situation befinde sich der Erbe auch bei bestehender Testamentsvollstreckung; denn dann sei ihm die Verfügungsmacht über den Nachlaß genommen (§ 2211 BGB) und er nicht in der Lage, Nachlaßschulden mit Mitteln des Nachlasses zu begleichen. Deshalb führe auch die Testamentsvollstreckung automatisch zur Haftungsbeschränkung. Die Folge dieser Auffassung ist, daß der Erbe auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Schulden zumindest während der Dauer der Vollstreckung von Anfang an beschränkt haftet. Diese in sich schlüssige Argumentation v. Spreckelsens beruht jedoch auf einem falschen Ausgangspunkt. Daß der Erbe keine Nachlaßschulden mehr mit Mitteln des Nachlasses erfül-

---

1) Boehm, J.: Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Auflage Hannover 1900, S. 187 (zitiert nach Wurm S. 24); v. Spreckelsen S. 33.

2) § 2206 I BGB lautet: "Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, ..."

3) vgl. die Widerlegung Boehms bei Wurm S. 25.

len kann, ist nicht der Grund für die Haftungsbeschränkung, sondern deren Folge; dem Erben wird das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß genommen, damit die aus anderen Gründen durchgeführte Trennung des Nachlasses vom Erbenvermögen wirksam durchgeführt werden kann; ohne diese Maßnahme bestände die Gefahr, daß der Erbe seine Eigenschulden mit Nachlaßmitteln begleicht und die Vermögenstrennung illusorisch macht[1]. Sichert das BGB den erstrebten Zweck, indem es dem Erben das Verwaltungs- und Verfügungsrecht am Nachlaß nimmt, so folgt daraus nicht, daß jeder Verlust des Verwaltungsrechts die Haftungsbeschränkung zur Folge hätte. Mit der durchaus herrschenden Meinung ist daher davon auszugehen, daß durch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung keine Beschränkung der Erbenhaftung herbeigeführt wird[2] und daß die vom Testamentsvollstrecker für den Nachlaß begründeten Schulden Nachlaßschulden im Sinne von § 1967 BGB sind[3]. Für sie gestaltet sich die Haftung unterschiedlich je nach dem Bestand des Nachlasses und der Stellung des Erben. Mit Siber[4] ist der wissenschaftliche Streit darüber, welche Form der Haftung als grundsätzliche und welche als Ausnahme zu beurteilen ist, als verfehlt anzusehen. Es ist davon auszugehen, daß das BGB verschiedene Haftungsordnungen kennt, und zwar:

I. die vorläufig unbeschränkte, aber beschränkbare Haftung des Alleinerben und des Miterben nach der Erbteilung bei kostenstarkem Nachlaß;

II. die vorläufig beschränkte Haftung des Alleinerben bei geringfügigem Nachlaß und für Vermächtnisse und Auflagen sowie des Miterben bis zur Erbteilung;

---

1) Dem Erben die Möglichkeit zu nehmen, Nachlaßschulden mit Nachlaßmitteln zu begleichen, könnte niemals ein vernünftiger Grund für die Haftungsbeschränkung sein. Wie sollte das Gesetz an dieser der wirtschaftlichen Sachlage nur gerecht werdenden Maßnahme Anstoß nehmen? - Der Grund für die Haftungsbeschränkung ist der, daß der Erbe nicht - den wirtschaftlichen Gegebenheiten zuwider - mit seinem Eigenvermögen für Nachlaßschulden einstehen soll und umgekehrt. Damit diese Trennung sichergestellt wird, verliert er sein Verwaltungsrecht. Diese Anordnung ist rein technischer Natur, wie sich schon daraus ergibt, daß die Haftungsbeschränkung auch ohne verwaltungsmäßige Trennung der Vermögen ausgestaltet sein könnte.

2) v. Staudinger-Dittmann Bem. 20 bis 23 vor § 2197; Wurm S. 21 f, 24.

3) KG OLG 17, 354; v. Staudinger-Dittmann § 2206 Anm. 16; Planck-Flad § 2206 Anm. 7; Kregel in RGRKomm. z. BGB § 2206 Anm. 4; Soergel-Ehard-Eder § 2206 Anm. 3; Erman-Hense § 2206 Anm. 1; Kipp-Coing § 125 I 5 c, S. 491; Boehmer S. 120; Wurm S. 24 f.

4) Siber S. 41.

III. die endgültig beschränkte Bereicherungshaftung für ausgeschlossene und solchen gleichstehende Nachlaßschulden.

In den Fällen der vorläufig beschränkten und der vorläufig unbeschränkten Haftung kann das Haftungsbeschränkungsrecht verwirkt werden.

Schon dieser Überblick zeigt, daß die Frage, ob die Testamentsvollstreckung den neuen Geschäftsgläubigern den Vorzug der persönlichen Haftung des Erben nimmt, nicht einheitlich beantwortet werden kann: in den Fällen der endgültig beschränkten Bereicherungshaftung scheinen sie dieses Vorteils verlustig zu gehen, während er ihnen in denen der endgültig unbeschränkten Haftung erhalten geblieben zu sein scheint. Bringt die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker den neuen Geschäftsgläubigern demnach auf der einen Seite die Gütersonderung ohne amtliches Verfahren, so bedeutet sie auf der anderen Seite doch auch eine Schlechterstellung der Geschäftsgläubiger, da der Erbe offensichtlich in einigen Fällen die Möglichkeit hat, sich der persönlichen Haftung für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden zu entziehen. Das wird im folgenden näher darzustellen sein.

2. Kapitel: Die endgültig unbeschränkte Haftung

Nach §§ 1994, 2005, 2006, 2013 I BGB verliert der Erbe das Recht, sowohl die vorläufig unbeschränkte, aber beschränkbare als auch die vorläufig beschränkte in eine endgültig beschränkte Haftung zu verwandeln, m.a.W. fällt der Erbe in endgültig unbeschränkte Haftung:

I. allen Nachlaßgläubigern gegenüber durch

   a) Versäumung der Inventarfrist (§ 1994 I 2 BGB) oder
   b) Inventaruntreue (§ 2005 I BGB)

   und

II. einzelnen Gläubigern gegenüber durch Verweigerung des Inventareides (§ 2006 III BGB).

Die richtige und rechtzeitige Errichtung des Inventars ist für die Erhaltung des Haftungsbeschränkungsrechts also von entscheidender Bedeutung. Diesen Anforderungen zu genügen, wird dem Erben bei bestehender Testamentsvollstreckung jedoch kaum Schwierigkeiten machen, da der

Vollstrecker von sich aus unverzüglich nach der Annahme des Amts ein Verzeichnis der seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände und der bekannten Nachlaßverbindlichkeiten mitteilen und dem Erben die zur Errichtung des Inventars sonst erforderliche Beihilfe leisten muß (§ 2215 I BGB). Diese Aufstellung des Vollstreckers ersetzt das vom Erben verlangte Inventar zwar nicht[1], der Erbe kann sie jedoch seinem Inventar zugrundelegen und sich darauf beziehen, wenn sie den Anforderungen der §§ 2002 und 2003 BGB genügt (§ 2004 BGB).

Für die vom Testamentsvollstrecker begründeten neuen Geschäftsschulden liegt die Bedeutung der Inventarerrichtung nun darin, daß der Erbe sowohl für die vom Erblasser herrührenden als auch für die nach dem Erbfall begründeten Nachlaßschulden endgültig unbeschränkt haftet, wenn er eine Inventarverfehlung begeht[2]. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die neuen Nachlaßschulden zum Zeitpunkt der Inventarverfehlung bereits bestanden oder ob sie erst später begründet wurden. Die Inventarverfehlung wirkt für die vorher und die nachher begründeten Nachlaßschulden in gleicher Weise, weil beide Gruppen von Nachlaßschulden ein gleich schutzwürdiges Interesse an der korrekten Inventarerrichtung haben. Der Grund für den Eintritt der endgültig unbeschränkten Haftung liegt ja darin, daß nach einer Inventarverfehlung der Verdacht besteht, der Erbe könnte die Haftungsgrundlage der Nachlaßgläubiger in unrechter Weise geschmälert haben. Hiervon würden aber sowohl die Nachlaßgläubiger betroffen, deren Forderungen bei Begehung der Inventarverfehlung bereits bestanden, als auch diejenigen, deren Forderungen erst nachträglich begründet wurden. Haben beide Gruppen aber ein gleich schutzwürdiges Interesse an der korrekten Inventarerrichtung, so müssen die Folgen einer Inventarverfehlung auch für beide Gruppen gleich sein. Deshalb können sich alle neuen Geschäftsgläubiger bei Eintritt der endgültig unbeschränkten Haftung des Erben an sein Erbenvermögen halten, mögen ihre Forderungen zum Zeitpunkt der Inventarverfehlung bereits bestanden haben oder erst später begründet worden sein.

Dieser Grundsatz gilt jedoch nur für die Schulden, für die der Erbe ohne Inventarverfehlung vorläufig unbeschränkt oder vorläufig beschränkt haften würde. Nach anderen Gesichtspunkten bestimmt sich seine Haftung

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 1993 Anm. 3; v. Staudinger-Dittmann Bem. 20 vor § 2197; Planck-Flad § 1993 Anm. 4.

2) v. Staudinger-Lehmann § 1994 Anm. 16; Planck-Flad § 1994 Anm. 5 a.

in den Fällen der endgültig beschränkten Bereicherungshaftung. Hier stand das Gesetz vor der Frage, ob es der Inventarverfehlung oder dem Ausschluß im Aufgebotsverfahren das größere Gewicht beimessen sollte. Es hat beide als gleichwertig behandelt und entscheidet das Zusammentreffen der endgültig beschränkten mit der endgültig unbeschränkten Haftung nach dem Prioritätsgrundsatz. Es ist also zu unterscheiden, ob die Inventarverfehlung vor oder nach Erlaß des die endgültige Beschränkung der Haftung herbeiführenden Ausschlußurteils liegt.

a) Begeht der Erbe die Inventarverfehlung nach dem Erlaß eines Ausschlußurteils, so bleibt den einmal ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern der Zugriff auf das Erbenvermögen weiterhin verschlossen (§ 2013 I 2 BGB); das früher ergangene Ausschlußurteil setzt sich also gegenüber der späteren Inventarverfehlung durch. Das gilt zumindest dann, wenn der Erbe sein Haftungsbeschränkungsrecht nachträglich allen Gläubigern gegenüber verliert. Problematisch ist, ob das auch gilt, wenn der Erbe nachträglich nur einzelnen Gläubigern gegenüber in endgültig unbeschränkte Haftung fällt: Bleibt ein ausgeschlossener Gläubiger ausgeschlossen, wenn der Erbe ihm nachträglich die Leistung des Inventareides verweigert?

Unter Hinweis auf die Tatsache, daß die Vorschrift des § 2006 BGB in § 2013 I 2 BGB nicht erwähnt wird, vertreten einige Autoren die Auffassung, der Erbe könne sich einem einzelnen ausgeschlossenen Gläubiger gegenüber nach der Verweigerung des Inventareides nicht mehr auf den Ausschluß im Aufgebotsverfahren berufen, hafte ihm also endgültig unbeschränkt[1]. Demgegenüber weisen andere darauf hin, daß derjenige Erbe, der trotz erwiesener Inventaruntreue den früher ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber weiterhin nur beschränkt haftet, schlecht in unbeschränkte Haftung fallen kann, wenn er nur den Inventareid, also die Bekräftigung, das Inventar wahrhaftig aufgestellt zu haben, verweigert; die Weigerung, die Wahrheit zu bekräftigen, könne keine weiterreichenden Folgen haben als die erwiesene Unwahrhaftigkeit. Diesen Gedankengängen ist zuzustimmen. Trotz der Nichterwähnung von § 2006 BGB in § 2013 I 2 BGB wird man also anzunehmen haben, daß ein ausgeschlossener Gläubiger auch dann ausgeschlossen bleibt, wenn der Erbe ihm nach-

1) Planck-Flad § 1970 Anm. 1 und § 2013 Anm. 2 e; Riesenfeld II S. 324.

traglich den Inventareid verweigert[1]. Ein einmal ergangenes Ausschlußurteil behält also seine Wirkung, mag der Erbe hinterher allen oder nur einzelnen Gläubigern gegenüber in die endgültig unbeschränkte Haftung fallen.

b) Ergeht das Ausschlußurteil hingegen nach erfolgter Inventarverfehlung, so haftet der Erbe auch den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber weiterhin endgültig unbeschränkt (§ 2013 I 1 BGB). Die früher begangene Inventarverfehlung behält also ihre Wirkung auch gegenüber einem späteren Ausschlußurteil. Allerdings gilt das nur zugunsten derjenigen Nachlaßgläubiger, denen gegenüber der Erbe bereits endgültig unbeschränkt haftet. Haftet er nicht allen, sondern nur einzelnen Gläubigern gegenüber endgültig unbeschränkt, so kann er das Aufgebotsverfahren noch mit Wirkung gegen die übrigen Gläubiger betreiben (§ 991 I ZPO)[2]; diese können dann auch noch ausgeschlossen werden. Haftet der Erbe hingegen allen Gläubigern gegenüber endgültig unbeschränkt, so kann kein Gläubiger mehr von einem Ausschlußurteil betroffen werden; deshalb steht dem Erben in diesem Fall das Recht, ein Aufgebotsverfahren zu beantragen, auch nicht mehr zu (§ 991 I ZPO). Problematisch ist, ob der Verwaltungstestamentsvollstrecker das Verfahren dann noch betreiben kann. Das wird in der Literatur vielfach bejaht[3]. Das Ausschlußurteil soll den ausgeschlossenen Gläubigern dann zwar nicht den Zugriff auf das Erbenvermögen nehmen, sie aber, soweit sie gegen den Nachlaß vorgehen, auf den nach der Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger verbleibenden Nachlaßrest beschränken. Dieser Auffassung kann indessen nicht gefolgt werden. Keine der gesetzlichen Bestimmungen über das Aufgebotsverfahren (§§ 1973, 2013 I 1 BGB, § 991 II ZPO) gibt einen Anhaltspunkt für die Zulässigkeit eines Aufgebots mit einer derartig beschränkten Wirkung. Da das Aufgebotsverfahren nach § 946 I ZPO aber nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen statthaft ist, erscheint es nicht angängig, dem Verwaltungstestamentsvollstrecker das Recht zuzuerkennen, ein Aufgebotsverfahren mit den gekennzeichneten Wirkungen durchzuführen[4].

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 1970 Anm. 5; Erman-Bartholomeyczik § 1970 Anm. 2; Palandt-Rechenmacher § 2006 Anm. 2; Kipp-Coing § 92 V, S. 347.

2) v. Staudinger-Lehmann § 1970 Anm. 2; Planck-Flad § 1970 Anm. 2.

3) v. Staudinger-Lehmann § 1970 Anm. 3; Planck-Flad § 1970 Anm. 1 und Bem. 3 b vor §§ 1970, 1971; Erman-Bartholomeyczik Bem. 5 vor § 1970; Palandt-Rechenmacher § 1970 Anm. 3; Kipp-Coing § 92 IV, S. 346.

4) Wie hier Johannsen in RGRKomm. z. BGB § 1970 Anm. 2; Binder II S. 113 Anm. 5.

Zusammenfassend läßt sich demnach sagen, daß eine Inventarverfehlung des Erben sich auch zum Vorteil der vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden auswirkt. Nur wenn neue Geschäftsgläubiger zum Zeitpunkt der Inventarverfehlung durch ein Ausschlußurteil bereits ausgeschlossen waren, bleibt ihnen der Zugriff auf das Erbenvermögen versagt. Das ist jedoch eine Folge der endgültig beschränkten Bereicherungshaftung, wie nun im einzelnen zu zeigen sein wird.

3. Kapitel: Die endgültig beschränkte Bereicherungshaftung

Nach §§ 1970, 1973 BGB, § 991 ZPO können die Nachlaßgläubiger und damit auch die Gläubiger der vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden durch Urteil mit ihren Forderungen ausgeschlossen werden, wenn sie sie nicht in einem vorangegangenen Aufgebotsverfahren angemeldet haben. Der Ausschluß einer Forderung bewirkt zwar nicht, daß diese erlischt; der Erbe kann ihre Erfüllung aber insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft ist (§ 1973 I 1 BGB). Damit entsteht für die neuen Geschäftsgläubiger die doppelte Gefahr, durch die Versäumung der Anmeldung ihrer Forderungen sowohl die Haftung des Erbenvermögens zu verlieren als auch - nämlich beim Vorgehen gegen den Nachlaß - auf den Nachlaßrest beschränkt zu werden.

Den ersten Nachteil - Verlust der Haftung des Erbenvermögens - brauchen sie in Fällen ohne Testamentsvollstreckung niemals zu befürchten; denn dann sind ihre Forderungen Nachlaß-Erbenforderungen, zugleich also Erbenforderungen, und als solche gegen den Verlust der persönlichen Haftung des Erben gesichert; da Erbenforderungen im Aufgebotsverfahren nämlich nicht ausgeschlossen werden können, sind Nachlaß-Erbenforderungen insoweit ebenfalls nicht bedroht[1].

Dem zweiten Nachteil, nämlich beim Vorgehen gegen den Nachlaß auf den Nachlaßrest verwiesen zu werden, sind, wie oben Seite 37 f gezeigt wurde, jedoch auch diejenigen Geschäftsgläubiger ausgesetzt, die die Stellung von Nachlaß-Erbengläubigern haben. Zwar droht ihnen dieser Nachteil nicht schon durch den Ausschluß im Aufgebotsverfahren, sondern erst, wenn außerdem ein amtliches Nachlaßsonderungsverfahren durchge-

---

1) s. o. Seite 36 f.

führt wird, das den Erbengläubigern den Zugriff auf den Nachlaß nimmt; diese zusätzliche Voraussetzung kann für die vorliegende Untersuchung jedoch vernachlässigt werden, da der Gläubiger ihren Eintritt nicht verhindern kann.

Der Vergleich der Stellung, die die neuen Geschäftsgläubiger in Fällen ohne Testamentsvollstreckung und in solchen mit Testamentsvollstreckung haben, zeigt also, daß ihre Position sich durch die Anordnung der Vollstreckung letztlich nur dahingehend verschlechtert, daß ihnen bei einem Ausschluß im Aufgebotsverfahren der Zugriff auf das Erbenvermögen genommen ist, der ihnen als Nachlaß-Erbengläubigern, also wenn der Erbe das Handelsgeschäft selbst fortführt, in jedem Fall gegeben ist.

4. Kapitel: Die vorläufig beschränkte Haftung

Die vorläufig beschränkte Erbenhaftung kennt das BGB in zwei Fällen: wenn der Nachlaß nicht die Kosten eines Haftungsbeschränkungsverfahrens deckt (a), und bei der ungeteilten Erbengemeinschaft (b).

a) Reichen die Nachlaßaktiven zur Bestreitung der Kosten einer Nachlaßverwaltung, eines Nachlaßkonkursverfahrens oder eines Nachlaßvergleichsverfahrens[1] nicht aus, so kann der Erbe, der sein Haftungsbeschränkungsrecht noch nicht verloren hat (§ 2013 I 1 BGB), auch wenn der Nachlaß nicht überschuldet ist[2], "die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht" (§ 1990 I 1 BGB). Das bedeutet zweierlei: einmal haftet der Erbe in diesem Falle nicht mit seinem Eigenvermögen, und zum andern kann der Nachlaßgläubiger mit der Berichtigung seiner Forderung nur insoweit rechnen, als der Nachlaß Aktiven enthält. Für die neuen Geschäftsgläubiger bringt diese Vorschrift eine weitere Verschlechterung der Position im Vergleich zu der ohne Testamentsvollstreckung geltenden Regelung. Denn während ihnen dort immer noch der Zugriff auf das Erbenvermögen erhalten bleibt, nimmt ihnen § 1990 BGB diese Möglichkeit nun.

---

1) v. Staudinger-Lehmann Bem. 3 vor §§ 1990 - 1992; Erman-Bartholomeyczik § 1990 Anm. 1; Bley § 113 Anm. 49 a; Vogels-Nölte § 113 Anm. III 2.

2) v. Staudinger-Lehmann § 1990 Anm. 3; Johannsen in RGRK z. BGB § 1990 Anm. 1; Erman-Bartholomeyczik § 1990 Anm. 1 b; Palandt-Rechenmacher § 1990 Anm. 2.

Zwar dürfte § 1990 BGB zunächst kaum praktisch werden, wenn sich in dem Nachlaß ein Handelsgeschäft befindet, weil dieser dann in aller Regel auch die Kosten eines amtlichen Haftungsbeschränkungsverfahrens deckt. Die Vorschrift könnte jedoch zu einem späteren Zeitpunkt für die neuen Geschäftsgläubiger Bedeutung bekommen. Ob der Nachlaß die Kosten eines amtlichen Verfahrens deckt, bestimmt sich nämlich nach den Verhältnissen des Zeitpunktes, zu dem der Gläubiger seine Forderung geltend macht[1]. Die Einrede kann demnach auch noch erhoben werden, wenn der Nachlaß die Kosten eines amtlichen Verfahrens zu einem früheren Zeitpunkt gedeckt hat. Damit kann sie auch für die neuen Geschäftsgläubiger bedeutsam werden, etwa, wenn das ererbte Handelsgeschäft inzwischen verwertet wurde, ohne daß vorher alle neuen Geschäftsschulden berichtigt worden wären.

b) Ein weiterer Fall vorläufig beschränkter Haftung ist bei der ungeteilten Erbengemeinschaft gegeben. Aus Gründen der Darstellung wird hierauf jedoch im Anschluß an das Kapitel über die vorläufig unbeschränkte Haftung eingegangen.

5. Kapitel: Die vorläufig unbeschränkte Haftung

1. Titel: Überblick

Nach § 1975 BGB, § 113 Nr. 4 VglO beschränkt sich die Haftung des vorläufig unbeschränkt haftenden Erben für Nachlaßschulden und damit auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden auf den Nachlaß, wenn die Nachlaßverwaltung angeordnet oder das Nachlaßkonkurs- bzw. das Nachlaßvergleichsverfahren eröffnet werden. Geben diese Verfahren dem Erben damit die Möglichkeit, sich der persönlichen Haftung für die neuen Geschäftsschulden in einem weiteren Fall zu entziehen, so genügt diese Feststellung freilich nicht, wenn man genau beurteilen will, welchen Einfluß die genannten Verfahren auf die Stellung der neuen Geschäftsgläubiger haben. Hierzu bedarf es vielmehr vor allem einer Klärung des Verhältnisses zwischen neuen Geschäftsschulden und anderen Nachlaßschulden bei Zusammentreffen in demselben

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 1990 Anm. 5; Planck-Flad § 1990 Anm. a; Johannsen in RGRKomm. z. BGB § 1990 Anm. 2; Kipp-Coing § 96 II 2, S. 361; RG GruchBeitr. 56, 603 (606).

Verfahren; außerdem bleibt zu untersuchen, inwieweit der Zeitpunkt der Entstehung bzw. der Geltendmachung einer Geschäftsforderung in den einzelnen Verfahren die Stellung der Gläubiger beeinflußt. Damit ist zugleich die Gliederung der folgenden Untersuchungen bestimmt: In der Darstellung wird bei den einzelnen Verfahren unterschieden werden zwischen neuen Geschäftsschulden, die vor, solchen, die während, und solchen, die nach dem Beschränkungsverfahren begründet wurden, außerdem danach, ob sie vor, während oder nach dem betreffenden Verfahren geltend gemacht werden. Dabei wird davon ausgegangen, daß der Erbe die Erbschaft angenommen hat; vorher kann er überhaupt nicht Passivbeteiligter eines Nachlaßprozesses sein (§ 1958 BGB), wie auch Zwangsvollstreckungen wegen Nachlaßschulden in sein Eigenvermögen ausgeschlossen sind (§ 778 I ZPO).

Allen Fällen vorläufig unbeschränkter Haftung ist - wie der Name sagt - gemeinsam, daß der Erbe für neue Geschäftsschulden, die vor der Eröffnung eines Verfahrens begründet und geltend gemacht werden, d.h. wegen derer die Zwangsvollstreckung in das Erbenvermögen betrieben wird, ehe ein Haftungsbeschränkungsverfahren angeordnet ist, persönlich haftet. Die Darstellung kann sich daher insoweit auf die Zeit nach der Eröffnung eines Verfahrens beschränken.

2. Titel: Der Einfluß der Nachlaßverwaltung

I. Die Haftung für die vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden

Wenn § 1975 BGB bestimmt, daß sich die Haftung des Erben mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung auf den Nachlaß beschränkt, so bedeutet das zumindest, daß der Erbe für die vorher begründeten Nachlaßschulden während der Dauer der Nachlaßverwaltung nur mit dem Nachlaß haftet. Ob er für sie darüber hinaus auch nach der Aufhebung des Nachlaßverwaltungsverfahrens beschränkt haftet, ist zweifelhaft. § 1986 I BGB bestimmt zwar, daß der Nachlaßverwalter dem Erben den Nachlaß erst dann ausantworten und damit den Weg zur Aufhebung der Nachlaßverwaltung (§ 1919 BGB) erst eröffnen darf, wenn die bekannten Nachlaßschulden berichtigt sind; die vollständige Erfassung aller bestehenden Nachlaßschulden und ihre Berichtigung bzw. Sicherstellung werden damit jedoch keineswegs gewährleistet. Mag es auch kaum praktisch werden, daß eine vom Testa-

mentsvollstrecker begründete Geschäftsschuld im Nachlaßverwaltungsverfahren übersehen wird - insoweit ist zu beachten, daß der Testamentsvollstrecker unverzüglich nach der Amtsannahme ein Nachlaßverzeichnis aufstellen (§ 2215 I BGB), bei länger dauernder Verwaltung jährlich Rechnung legen muß (§ 2218 II BGB) und daß er bei der Ermittlung der neuen Schulden Auskunft geben und sonst Unterstützung leisten kann, was bei den alten Schulden nicht der Fall ist -, so kann doch nicht völlig ausgeschlossen werden, daß eine vom Testamentsvollstrecker begründete Geschäftsschuld das Nachlaßverwaltungsverfahren überdauert. Für eine derartige Schuld gestaltet sich die Haftung nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung wie folgt: Hatte der Erbe bereits vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung sein Haftungsbeschränkungsrecht verloren oder liegen nach der Aufhebung des Verfahrens die Voraussetzungen der §§ 1973 oder 1990 BGB vor, so haftet der Erbe nach diesen Vorschriften, also im Falle der endgültig unbeschränkten Haftung weiterhin unbeschränkt, was verständlich ist, da die Nachlaßverwaltung dann ebenfalls nicht haftungsbeschränkend wirkte (§ 2013 I BGB), in den übrigen Fällen beschränkt[1]. Sind die Voraussetzungen dieser Vorschriften nicht gegeben, so erhebt sich, wie erwähnt, die Frage, ob der Erbe wieder unbeschränkt, aber mit der Möglichkeit bzw. im Falle der Nachlaßüberschuldung (§ 1980 I BGB) der Verpflichtung, erneut ein Haftungsbeschränkungsverfahren durchzuführen, oder ob er dann nur mit den nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung noch vorhandenen Nachlaßgegenständen haftet. Diese Frage ist umstritten. Im Hinblick auf den Wortlaut des § 1975 BGB[2] wird in zunehmend stärkerem Maße die Auffassung vertreten, daß die Haftungsbeschränkung zeitlich nicht durch die Dauer der Nachlaßverwaltung begrenzt sei, sondern als Folge der Verwaltung auch nach deren Ende fortbestehe[3]. Demgegenüber findet sich immer noch bei einer Reihe von Autoren die - früher überwiegende - Auffassung, die Haftungsbeschränkung bestehe nur während der Dauer der Nachlaßver-

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 1986 Anm. 5; Planck-Flad § 1986 Anm. 3 a - c; Johannsen in RGRKomm. z. BGB § 1986 Anm. 4.

2) § 1975 BGB lautet: "Die Haftung ... beschränkt sich ..., wenn (und nicht: sólange) eine Nachlaßverwaltung ... angeordnet ist."

3) BGH NJW 1954, 635 (636); v. Staudinger-Lehmann § 1975 Anm. 4 und § 1986 Anm. 6; Johannsen in RGRKomm. z. BGB § 1986 Anm. 4; Erman-Bartholomeyczik § 1975 Anm. 5; Palandt-Rechenmacher § 1975 Anm. 1; Kipp-Coing § 94 XI 2, S. 356; Wendt: "Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten" AcP 86, 353 (387).

waltung, während nach deren Aufhebung der allgemeine Grundsatz der unbeschränkten, aber beschränkbaren Haftung wieder Platz greife[1].

Die Frage muß entgegen der vorherrschenden Tendenz im Sinne der früher herrschenden Auffassung entschieden werden. Die gegenteilige Meinung wird teils in entsprechender Anwendung des § 1973 BGB, teils des § 1990 BGB begründet; beide Begründungen sind jedoch nicht haltbar. Soweit die Fortdauer der Haftungsbeschränkung auf § 1973 BGB gestützt wird, entsteht ein unlösbarer Widerspruch zu § 1989 BGB. Nach § 1989 BGB haftet der Erbe nur für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurs- und des Nachlaßvergleichsverfahrens (§ 113 Nr. 4 VglO) begründeten Nachlaßschulden entsprechend § 1973 BGB, wenn die Verfahren durch Verteilung der Masse bzw. durch Abschluß eines Zwangsvergleichs beendet worden sind. Würde das BGB davon ausgehen, daß die Haftung nach der Beendigung jedes der amtlichen Verfahren, also auch des der Nachlaßverwaltung, entsprechend § 1973 BGB beschränkt sein soll, so hätte die Vorschrift des § 1989 BGB entweder nicht in das Gesetz aufgenommen zu werden brauchen oder nicht auf die Beendigung des Nachlaßkonkurses beschränkt sein dürfen. In der vorliegenden Form zwingt diese Vorschrift jedoch zu der Annahme, daß die Fortdauer der haftungsbeschränkenden Wirkung des Nachlaßverwaltungsverfahrens jedenfalls nicht mit § 1973 BGB begründet werden kann[2].

Die Fortdauer ergibt sich aber auch nicht aus § 1990 BGB[3]. Nach § 1990 BGB muß der Nachlaß die Kosten eines amtlichen Verfahrens nicht decken, wenn der Erbe vorläufig beschränkt haften soll. Die entscheidende Voraussetzung, die Nachlaßdürftigkeit, ist in dem zu entscheidenden Fall aber gerade nicht gegeben. Dann kann § 1990 BGB auch nicht zur Begründung einer Entscheidung dieses Falles herangezogen werden, denn es überzeugt nicht, eine Vorschrift analog anzuwenden, um ein

---

1) Planck-Flad § 1986 Anm. 3 d mit Hinweisen auf das ältere Schrifttum; Soergel-Ehard-Eder § 1986 Anm. 3; Boehmer S. 147; Siber S. 37; Riesenfeld II S. 89.

2) vgl. außer den in Fußnote 1 Zitierten, die die Fortdauer der Haftungsbeschränkung überhaupt verneinen, Johannsen in RGRKomm. z. BGB § 1986 Anm. 4.

3) so namentlich der BGH aaO; v. Staudinger-Lehmann aaO; Erman-Bartholomeyczik aaO.

erstrebtes Ergebnis zu erzielen, wenn der Umkehrschluß zu dieser Vorschrift zumindest ebenso nahe liegt[1].

Ist die gegenteilige Meinung demnach weder durch die analoge Anwendung der Vorschrift des § 1973 BGB noch die des § 1990 BGB zu begründen, so fragt es sich, ob sie aus allgemeinen Gesichtspunkten hergeleitet werden kann. Diejenigen Verfasser, die für die Fortdauer der haftungsbeschränkenden Wirkung eintreten, bejahen das unter Hinweis auf das Interesse des Erben an der Haftungsbeschränkung. Danach soll es entscheidend sein, daß der Erbe nach Aufhebung der Nachlaßverwaltung erwarten könne, einen schuldenfreien Nachlaß übergeben zu erhalten, da in der Nachlaßverwaltung alle Nachlaßschulden zu berichtigen oder sicherzustellen seien[2]; es könne ihm, so meint man, nicht zugemutet werden, zur Erlangung der Haftungsbeschränkung dann noch ein amtliches Haftungsbeschränkungsverfahren einleiten zu müssen. Auch diese Erwägungen dürften jedoch nicht durchgreifen. Lediglich das Interesse des Erben am Ausschluß der Haftung seines Eigenvermögens kann überhaupt nicht ausschlaggebend sein; denn dem trägt das Gesetz auch sonst häufig keine Rechnung: Der Erbe hat an der Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß ja nicht nur nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung, sondern in jedem Stadium der Nachlaßabwicklung ein Interesse; trotzdem wird diesem Interesse bei weitem nicht in jedem Falle Rechnung getragen: die Erbenhaftung ist gerade nicht als von vornherein beschränkte Haftung ausgestaltet. Aber auch der Gesichtspunkt, daß der Erbe nach der Durchführung eines amtlichen Verfahrens erwarten kann, nicht noch einmal ein Haftungsbeschränkungsverfahren durchführen zu müssen, um in den Genuß der Haftungsbeschränkung zu kommen, kann nicht ausschlaggebend sein. Denn für die Frage, wie sich die Erbenhaftung nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung gestaltet, ist ja nicht nur die Position des Erben, sondern auch die des unbefriedigt gebliebenen Nachlaßgläubigers zu beachten. Ihm haftete der Erbe bis zur Anordnung der Nachlaßverwaltung unbeschränkt. Wie aber der Erbe erwarten kann, daß alle Nachlaßschulden nach der Aufhebung des Nachlaßverwaltungsverfahrens berichtigt

---

1) vgl. außer den auf Seite 57 Fußnote 1 Zitierten die 9. Auflage des Reichsgerichtsrätekommentars § 1986 Anm. 4. - Johannsen meint in der 10. Aufl. aaO, die Frage sei bedeutungslos. Das wird man für die Testamentsvollstreckung nicht sagen können.

2) so namentlich v. Staudinger-Lehmann aaO; Johannsen in RGRK z. BGB aaO; BGH aaO.

sind, so kann der Nachlaßgläubiger erwarten, daß in einem amtlichen Verfahren wie dem Nachlaßverwaltungsverfahren keine Nachlaßschuld übersehen wird. Die Frage, ob die Fortdauer der Haftungsbeschränkung mit allgemeinen Gesichtspunkten begründet werden kann, zeigt demnach, daß sich zwei zumindest gleichwertige Interessen gegenüberstehen: Mit derselben Berechtigung, mit der man die Meinung vertritt, der Erbe brauche mit seinem Eigenvermögen nicht mehr einzustehen, da er sich darauf verlassen könne, daß alle Nachlaßschulden berichtigt oder sichergestellt sind, kann man auch die Auffassung vertreten, der Nachlaßgläubiger brauche nicht zu befürchten, nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung auf den Nachlaß beschränkt zu sein, da er erwarten kann, in dem amtlichen Verfahren nicht übersehen zu werden. Damit dürfte zumindest klargestellt sein, daß nicht nur das Vertrauen des Erben auf die ordnungsmäßige Durchführung der Nachlaßverwaltung schutzwürdig ist, sondern auch das unbefriedigt gebliebener Nachlaßgläubiger. Weil die Nachlaßgläubiger aber zumindest mit derselben Berechtigung erwarten können, nicht übersehen zu werden, scheidet das Vertrauen auf die ordnungsmäßige Durchführung der Nachlaßverwaltung für die Begründung der einen oder der anderen Auffassung überhaupt aus.

Läßt die Fortdauer der Haftungsbeschränkung sich demnach weder mit der entsprechenden Anwendung der §§ 1989, 1973 und § 1990 BGB noch mit allgemeinen Erwägungen der Billigkeit begründen und folgt auch aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 1975 BGB keine Entscheidung des Gesetzes für die eine oder die andere Auffassung, - "wenn" kann nämlich auch im Sinne einer zeitlichen Begrenzung verstanden werden - so zwingen folgende Überlegungen dazu, die Frage im Sinne einer zeitlichen Begrenzung der haftungsbeschränkenden Wirkung auf die Dauer des Verfahrens zu entscheiden: Grundsätzlich verbindet das Gesetz, von den Sonderfällen der §§ 1973 und 1990 BGB, die hier, wie erwähnt, nicht herangezogen werden können, abgesehen, die Haftungsbeschränkung mit der verwaltungsmäßigen Trennung von Nachlaß und Erbenvermögen. Dieser Grundsatz ist bei der Nachlaßverwaltung und beim Nachlaßkonkurs streng durchgeführt, indem der Erbe hier jede Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Nachlaßgegenstände an den Verwalter verliert (§ 1984 I 1 BGB, § 6 I KO); nur beim Nachlaßvergleichsverfahren ist dieser Grundsatz aus den mit diesem Verfahren verfolgten besonderen Zweck weniger streng gehandhabt; aber auch hier ist der Erbe bestimmten Beschränkungen unterworfen, die

seine Stellung der bei verwaltungsmäßiger Vermögenstrennung bestehenden annähern (§§ 56 ff Vgl0). Diese Verbindung von Haftungsbeschränkung und verwaltungsmäßiger Trennung der Vermögen erfolgt zum Schutze der Nachlaßgläubiger: das Gesetz geht offensichtlich davon aus, daß den Interessen der Nachlaßgläubiger nur durch die Haftung des Erben nach §§ 1978 ff BGB nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen wird, und ordnet deshalb die verwaltungsmäßige Vermögenstrennung an. Folgt man nun der im Vordringen befindlichen Meinung, die Haftungsbeschränkung überdauere das Nachlaßverwaltungsverfahren, so würde dieses Prinzip durchbrochen: dann würde der Erbe in Zukunft beschränkt haften und trotzdem zur Verwaltung des Nachlasses befugt sein, ohne daß für die Abweichung von dem gekennzeichneten Prinzip ein sachlicher Grund gegeben wäre. Denn die Tatsache, daß ein Nachlaßverwaltungsverfahren durchgeführt wurde, beseitigt die vom Gesetz sonst anerkannte Notwendigkeit der verwaltungsmäßigen Trennung der Vermögen ja in keiner Weise. Dieses Erfordernis wird auch dann nicht hinfällig, wenn man annimmt, der Erbe sei, obwohl er nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung nur noch beschränkt haftet, für die Verwaltung des Nachlasses auch ohne die Anwendung des § 1990 BGB nach den §§ 1978 ff BGB verantwortlich[1] und könne durch eine Inventarverfehlung in endgültig unbeschränkte Haftung fallen[2]. Denn diese Sicherungen sind auch in den Fällen gegeben, in denen die verwaltungsmäßige Vermögenstrennung besteht, und gleichwohl hält das Gesetz diese Trennung für erforderlich. Die Tatsache, daß die sonst im

---

1) Für die Auffassung, der Erbe hafte nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung beschränkt, ohne daß es einer entsprechenden Anwendung der §§ 1973 und 1990 BGB bedürfe, sei für die Verwaltung des Nachlasses aber nach den §§ 1978 ff BGB verantwortlich, treten insbesondere ein: v. Staudinger-Lehmann § 1986 Anm. 6 und Johannsen in RGRK z. BGB § 1986 Anm. 4; diejenigen, die die Fortdauer der Haftungsbeschränkung analog § 1990 BGB begründen, kommen schon nach § 1991 I BGB zur Verantwortlichkeit des Erben nach § 1978 BGB.

2) Zu dieser Einschränkung sind alle diejenigen Autoren nach § 2000 Satz 3 BGB gezwungen, die zwar annehmen, die Haftungsbeschränkung überdauere die Nachlaßverwaltung, diese Meinung jedoch nicht mit § 1973 BGB begründen. Nach § 2000 Satz 3 BGB bedarf es nämlich zur Erhaltung des Haftungsbeschränkungsrechts keiner Inventarerrichtung, wenn ein Nachlaßkonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendet wurde. Ganz natürlich, da die Haftung in diesen Fällen nach §§ 1989, 1973 BGB endgültig beschränkt ist und die endgültig beschränkte Bereicherungshaftung von einer nachfolgenden Inventarverfehlung unberührt bleibt (s.o. Seite 51 ff)! Hieraus folgt, daß die Haftung in den übrigen Fällen, wenn überhaupt, nur vorläufig beschränkt sein kann, da § 2000 Satz 3 BGB sonst nicht auf den Nachlaßkonkurs beschränkt geblieben wäre. § 2000 BGB spricht damit zugleich wie § 1989 BGB zwingend gegen die analoge Anwendung von § 1973 BGB auf die Nachlaßverwaltung.

Gesetz mit der Haftungsbeschränkung verbundene verwaltungsmäßige Trennung der Vermögen ohne sachlichen Grund wegfallen würde, dürfte demnach zu der Annahme zwingen, daß die Haftung nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung wieder vorläufig unbeschränkt, aber beschränkbar ist[1]. Bei dieser Sachlage kann es keine Rolle spielen, daß die in der zweiten Kommission vertretene Auffassung, der nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung nicht befriedigte Nachlaßgläubiger solle so stehen, als wenn keine Nachlaßverwaltung stattgefunden hätte, nicht in Form einer speziellen Vorschrift Eingang in das Gesetz gefunden hat[2]. Die vorstehenden Ausführungen dürften ergeben haben, daß sich die in den Protokollen zum Ausdruck gekommene Auffassung jedenfalls besser in das System der Erbenhaftung einfügt als die gegenteilige Auffassung; ist das aber der Fall, so muß sie auch ohne ausdrückliche Erwähnung im Gesetz den Vorzug haben. Demnach haftet der Erbe nach der Aufhebung des Nachlaßverwaltungsverfahrens wieder vorläufig unbeschränkt. Nur wenn die Voraussetzungen der §§ 1973 und 1990 BGB oder der endgültig unbeschränkten Haftung gegeben sind, richtet sich die Haftung nach diesen Bestimmungen. Lediglich aus der Tatsache, daß die Forderung eines neuen Geschäftsgläubigers im Nachlaßverwaltungsverfahren nicht erfüllt wird, erwächst diesem also kein besonderer Nachteil. Haftet der Erbe,

---

1) Anmerkungshalber sei noch darauf hingewiesen, daß das Gesetz dem Erben die Verwaltung des Nachlasses praktisch auch in denjenigen Fällen beschränkter Erbenhaftung entzieht, in denen kein amtliches Haftungsbeschränkungsverfahren im Sinne des § 1975 BGB durchgeführt wird: nach § 1973 II 1 BGB ist der Erbe im Falle der endgültig beschränkten Bereicherungshaftung und nach § 1990 I 2 BGB im Falle der vorläufig beschränkten Haftung wegen Nachlaßdürftigkeit zur Herausgabe des Nachlasses an den Nachlaßgläubiger verpflichtet. Damit ist die weitere Verwaltung des Nachlasses durch den Erben ebenfalls ausgeschlossen. Nimmt man nun an, die Haftungsbeschränkung überdauere das Nachlaßverwaltungsverfahren, so ergibt sich neben diesen beiden Formen und der Form der mit verwaltungsmäßiger Trennung der Vermögen verbundenen beschränkten Haftung nach § 1975 BGB als vierte Form die beschränkte Haftung ohne Preisgabe des Nachlasses und ohne verwaltungsmäßige Vermögenstrennung. Bei dieser Sachlage dürfte der gegen die bisher herrschende Meinung erhobene Vorwurf der Komplizierung des Systems der Erbenhaftung und der geringeren Praktikabilität nicht aufrechterhalten werden können.

2) Hierauf legt besonderes Gewicht der BGH NJW 1954, 635 (636).

was nach der Durchführung eines Nachlaßverwaltungsverfahrens natürlich eher möglich ist als ohne ein solches Verfahren, nunmehr nach Maßgabe der §§ 1973 oder 1990 BGB, so beruhen die daraus für den Geschäftsgläubiger resultierenden Nachteile auf diesen Bestimmungen; insoweit trägt die Nachlaßverwaltung nur mittelbar zu der Benachteiligung der Geschäftsgläubiger bei, während sie als solche deren Stellung unverändert läßt. Zusammenfassend läßt sich demnach sagen: Sofern nicht die Voraussetzungen der §§ 1973 oder 1990 BGB oder der endgültig unbeschränkten Haftung gegeben sind, haftet der Erbe für die vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden nur während der Dauer des Verfahrens beschränkt.

Hiernach bleibt zu untersuchen, welche Stellung diejenigen Gläubiger haben, deren Forderungen während des Bestehens der Nachlaßverwaltung begründet werden.

II. Die Haftung für die während des Bestehens der Nachlaßverwaltung begründeten Geschäftsschulden

Führt der Erbe das Handelsgeschäft selbst fort, besteht also keine Testamentsvollstreckung, so verliert er mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung das ihm bis dahin selbst zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß nach §§ 1984 I 1, 1985 BGB an den Nachlaßverwalter. Das hindert ihn zwar nicht, sich in seinem persönlichen Bereich weiterhin zu verpflichten oder sogar Verpflichtungsgeschäfte einzugehen, die sich sachlich auf den Nachlaß beziehen; die Gläubiger derartiger Forderungen können sich aber während der Dauer der Nachlaßverwaltung nicht an den Nachlaß halten, da sie keine Nachlaßgläubiger sind: nur der verwaltungsberechtigte Erbe ist in der Lage, Verbindlichkeiten für den Nachlaß zu begründen[1].

Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung ändert sich diese Rechtslage nun insofern, als der Erbe das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß nicht erst mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung, sondern bereits in dem Augenblick verliert, in dem der Vollstrekker sein Amt annimmt; solange dieser sein Amt ausübt, steht es ausschließlich ihm zu (§ 2211 BGB). Damit ist dem Erben, wie wir sahen[2],

1) Kipp-Coing § 127 III, S. 501.
2) s. o. Seite 44 f.

zwar ebenfalls nicht die Befugnis genommen, Verbindlichkeiten einzugehen, die sich sachlich auf den Nachlaß beziehen; wie bei der Nachlaßverwaltung können sich die Gläubiger derartiger Verbindlichkeiten aber nicht an den Nachlaß halten, solange die Testamentsvollstreckung besteht (§ 2214 BGB); dieses Recht haben nur diejenigen Gläubiger, deren Forderungen der Testamentsvollstrecker im Rahmen seiner Befugnisse begründet hat oder aus anderen Gründen Nachlaßforderungen sind.

In diesen Fällen, in denen das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß bei der Anordnung der Nachlaßverwaltung nicht dem Erben, sondern dem Testamentsvollstrecker zusteht, erhebt sich nun die Frage des Verhältnisses von Nachlaßverwaltung und Testamentsvollstreckung. Da die Testamentsvollstreckung praktisch auch zur Vermögenssonderung führt, indem sie den Erbengläubigern den Zugriff auf den Nachlaß verwehrt (§ 2214 BGB), macht sie die Nachlaßverwaltung zwar insoweit überflüssig, als mit dieser dieselbe Nachlaßsonderung erstrebt wird. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß das Bestehen einer Testamentsvollstreckung die Anordnung der Nachlaßverwaltung überhaupt entbehrlich mache; denn die Vermögenssonderung ist nicht das einzige Ergebnis des Nachlaßverwaltungsverfahrens: daneben sichert dieses einmal die tatsächliche Berichtigung der Nachlaßschulden, und zum anderen schützt es vor allem den Erben vor dem Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein Eigenvermögen; dieser Schutz wird durch die Testamentsvollstreckung, wie wir sahen[1)], nicht gewährleistet, da diese keine haftungsbeschränkende Wirkung hat. Da die Wirkungen der Nachlaßverwaltung und der Testamentsvollstreckung demnach nicht identisch sind, kann die Anordnung der Nachlaßverwaltung durch das Vorhandensein einer Testamentsvollstreckung nicht ausgeschlossen sein[2)]. Damit ist freilich nicht gesagt, daß die Testamentsvollstreckung durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung beendet würde; zumindest nach deren Aufhebung könnte der Vollstrecker seine Aufgaben wieder in vollem Umfange wahrnehmen, und es ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese Möglichkeit dann nicht mehr gegeben sein sollte[3)]. Den Interessen der Beteiligten sowohl an

---

1) s. o. Seite 45 ff.

2) KG OLG 18, 316; Colmar OLG 39, 12 (13); v. Staudinger-Lehmann § 1975 Anm. 8 und § 1981 Anm. 8 sowie v. Staudinger-Dittmann Bem. 21 vor § 2197; Planck-Flad § 1985 Anm. 1 c und Bem. 5 c vor § 2197; Eccius GruchBeitr 43, 609 (620 Anm. 15).

3) RG GruchBeitr 63, 617 (618); KG aaO; v. Staudinger-Dittmann § 2225 Anm. 6; Planck-Flad § 2225 Anm. 3.

der Nachlaßverwaltung als auch an der Testamentsvollstreckung wird schon dann vollauf Rechnung getragen, wenn die Befugnisse des Vollstreckers nur während der Dauer der Nachlaßverwaltung und nur in dem Maße eingeschränkt werden, wie in Fällen ohne Testamentsvollstreckung die Befugnisse des Erben, wenn sie aber nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung in vollem Umfange wieder aufleben[1].

Besteht über diese Grundsätze denn auch im wesentlichen Einigkeit, so ist es fraglich, was sie für die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers bedeuten. Ihre wörtliche Übertragung müßte zu der Annahme führen, daß der Testamentsvollstrecker trotz des Bestehens der Nachlaßverwaltung zwar weiterhin zur Eingehung von Verbindlichkeiten berechtigt ist, daß sich die Gläubiger dieser Forderungen aber erst in dem Augenblick, in dem das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Vollstreckers wieder auflebt, also nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung, an den Nachlaß halten können, während ihnen der Zugriff auf den Nachlaß bis zu diesem Zeitpunkt versagt ist[2]. Der Unterschied zur Rechtslage beim Erben bestände dann lediglich darin, daß dieser für Schulden, die er, ohne im Besitz der Verwaltungs- und Verfügungsrechts über den Nachlaß zu sein, "für den Nachlaß" begründet, mit seinem Eigenvermögen ohne die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung haftet, während er die persönliche Haftung für die vom Testamentsvollstrecker "für den Nachlaß" begründeten Schulden weiterhin ausschließen könnte. Vergegenwärtigt man sich nun aber, daß damit auch Fälle möglich würden, in denen den Geschäftsgläubigern überhaupt kein Vermögen mehr haftet[3], so erscheint es zweifelhaft, ob man die Grundsätze, die für die Verpflichtungsfähigkeit des Erben gelten, auf den Vollstrecker übertragen kann. Hinzu kommen jedoch dogmatische Erwägungen, die zu der Annahme zwingen, daß dem Testamentsvollstrecker im Gegensatz zum Erben die Verpflichtungsbefugnis während der Dauer der Nachlaßverwaltung überhaupt genommen ist: Wenn der Erbe durch das Bestehen der Nachlaßverwaltung (oder der Testamentsvollstreckung) an der Eingehung von Ver-

---

1) RG aaO; KG aaO; OLG Colmar aaO; v. Staudinger-Dittmann Bem. 21 vor § 2197; Planck-Flad § 1985 Anm. 1 c und Bem. 5 c vor § 2197.

2) KG OLG 18, 316 (317).

3) z.B. wenn nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung keine Nachlaßgegenstände mehr vorhanden sind und der Erbe sich der persönlichen Haftung für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Schulden - etwa nach § 1990 BGB - entzieht.

bindlichkeiten, die sich sachlich auf den Nachlaß beziehen oder subjektiv "für den Nachlaß" begründet werden, nicht gehindert ist, so beruht das darauf, daß er sich zu jedem Zeitpunkt persönlich verpflichten kann. Die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers ist hingegen nicht in der jedermann gegebenen Freiheit zu eigener persönlicher Verpflichtung begründet, sondern Ausfluß seines Verwaltungsrechts an dem Nachlaß: aus den von ihm für den Nachlaß begründeten Schulden werden weder er noch der Erbe persönlich, d.h. endgültig unbeschränkt verpflichtet, sondern es entsteht lediglich eine Nachlaßschuld. Ist das aber der Fall, so muß ihm die Verpflichtungsbefugnis auch genommen sein, wenn und solange sein Verwaltungsrecht entfällt. - Hat man demnach anzunehmen, daß der Testamentsvollstrecker während der Dauer der Nachlaßverwaltung keine Nachlaßschulden eingehen kann, so kann die Anordnung der Testamentsvollstreckung bzw. die Fortführung des Handelsgeschäfts durch diesen insoweit auch nicht gleichbedeutend sein mit der Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung: Die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß steht während dieser Zeit ausschließlich dem Nachlaßverwalter zu; die von diesem begründeten Geschäftsschulden sind Nachlaßschulden[1]; daß der Erbe sich der persönlichen Haftung für diese Schulden entziehen kann, spricht nicht gegen die Anordnung der Testamentsvollstreckung, da er für die vom Nachlaßverwalter begründeten Schulden in jedem Fall beschränkbar haftet, mag vorher Testamentsvollstreckung bestanden haben oder nicht. Das gilt sowohl für die Dauer der Nachlaßverwaltung als auch für die Zeit nach deren Aufhebung; auch dann bleiben diese Schulden Nachlaßschulden unabhängig davon, ob Testamentsvollstreckung besteht oder nicht; damit spricht die Ausgestaltung der Haftung für diese Schulden auch nicht gegen die Anordnung der Testamentsvollstreckung, wenn sie die Nachlaßverwaltung überdauern.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten: Die Anordnung der Testamentsvollstreckung verschlechtert die Stellung derjenigen Geschäftsgläubiger nicht, deren Forderungen während der Dauer eines Nachlaßverwaltungs-

1) Colmar OLG 12, 361; v. Staudinger-Lehmann § 1967 Anm. 12; Planck-Flad § 1967 Anm. 2 b ɣ; Johannsen in RGRK z. BGB § 1967 Anm. 3 a; Soergel-Ehard-Eder § 1967 Anm. 2; Kipp-Coing § 89 I 3 b, S. 327; Boehmer S. 120; Riesenfeld I S. 62.

verfahrens begründet werden, mögen sie dieses überdauern oder nicht[1].

Hiernach bleibt allgemein zu untersuchen, wie der Erbe für die neuen Geschäftsschulden nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung haftet.

III. Die Haftung für die nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung begründeten neuen Geschäftsschulden

Nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung können drei verschiedene Gruppen neuer Geschäftsschulden vorhanden sein: vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung begründete, aber trotz der Aufhebung der Nachlaßverwaltung nicht berichtigte oder sichergestellte, vom Nachlaßverwalter während der Dauer der Nachlaßverwaltung eingegangene, trotz der Aufhebung der Nachlaßverwaltung aber ebenfalls nicht berichtigte oder sichergestellte und vom Testamentsvollstrecker nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung neu begründete Geschäftsschulden. Welchen Einfluß die Aufhebung der Nachlaßverwaltung auf die vor und die während der Nachlaßverwaltung begründeten Geschäftsschulden hat, wurde bereits unter I. und II. erörtert. Zu untersuchen bleibt demnach noch die Haftung des Erben für diejenigen Geschäftsschulden, die der Testamentsvollstrecker nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung neu begründet.

Da die Testamentsvollstreckung durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung, wie erwähnt[2], nicht beendet wird, das Verwaltungsrecht des Vollstreckers vielmehr nur in dem Maße und so lange auf den Nachlaßverwalter übergeht, als dieser es zur Erfüllung seiner Aufgaben zugewiesen bekommen hat, erhält der Testamentsvollstrecker mit der Aufhebung der Nachlaßverwaltung seine alte Stellung zurück[3]. Damit kann er auch wieder neue Geschäftsschulden begründen, vorausgesetzt natürlich, daß

---

1) An dieser Stelle sei die Aufmerksamkeit schon auf einen Gesichtspunkt gelenkt, der im 2. Abschnitt dieses Teils noch eingehend zu erörtern sein wird: Wenn der Erbe die Haftung für die vom Nachlaßverwalter begründeten Geschäftsschulden auf den Nachlaß beschränken kann, ohne daß darin ein Verstoß gegen die Erfordernisse des Handelsrechts liegt, so müßte diese Möglichkeit für die vom Testamentsvollstrecker eingegangenen Schulden ebenfalls gegeben sein. Andernfalls könnte der gegen die Fortführung des Geschäfts durch den Vollstrecker erhobene Einwand auch gegen den Nachlaßverwalter geltend gemacht werden.

2) s. o. Seite 63 Fußnote 3.

3) s. o. Seite 64 Fußnote 1.

das Handelsgeschäft noch vorhanden ist und in der Nachlaßverwaltung nicht versilbert wurde. Hat der Nachlaßverwalter das Handelsgeschäft zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger verwerten müssen, so ist damit insoweit auch die Testamentsvollstreckung beendet[1], womit das Problem der Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung ebenfalls entfällt. Ist das Handelsgeschäft hingegen wieder in die Hand des Vollstreckers gelangt, so muß der Erbe für nunmehr neu begründete Geschäftsschulden haften, als wäre keine Nachlaßverwaltung angeordnet gewesen; d.h. also: er haftet bei kostenstarkem Nachlaß, ohne Aufgebotsverfahren und im Besitze des Haftungsbeschränkungsrechts wieder unbeschränkt, aber beschränkbar. Mag man auch über die Haftung des Erben für diejenigen Schulden, die aus der Zeit vor der Beendigung der Nachlaßverwaltung stammen, unterschiedliche Auffassungen vertreten können[2], so kann die Nachlaßverwaltung auf die Haftung des Erben für die nachher begründeten Schulden keinen Einfluß haben, da hier keinerlei gegenseitige Beziehungen bestehen. Das aber bedeutet: Will der Erbe die Haftung aus diesen Schulden auf den Nachlaß beschränken, so muß er sich dazu wieder der allgemeinen Beschränkungsmittel bedienen. Der Einfluß dieser Maßnahmen auf die Haftung folgt dann wieder der allgemeinen Regelung, d.h. die haftungsrechtliche Situation entspricht der vor der Anordnung der Nachlaßverwaltung geltenden und bringt mithin keine besonderen Fragen mit sich.

Zusammenfassend bleibt darnach festzuhalten: Von den Fällen der Dürftigkeitseinrede und des Gläubigeraufgebotes abgesehen, haftet der Erbe nur für die jeweils vor der Anordnung einer Nachlaßverwaltung vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden beschränkt; diese Haftungsbeschränkung besteht nur während der Dauer der Nachlaßverwaltung. Während der Nachlaßverwaltung kann der Testamentsvollstrecker keine Geschäftsschulden eingehen; die Haftung des Erben für die vom Nachlaßverwalter begründeten Geschäftsschulden unterscheidet sich nicht danach, ob Testamentsvollstreckung besteht. Für die nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung vom Testamentsvollstrecker neu begründeten Geschäftsschulden haftet der Erbe unbeschränkt, aber beschränkbar, wobei im Falle einer erneuten Beschränkung die allgemeinen Bestimmungen gelten.

---

1) RGZ 81, 166; Planck-Flad §§ 2225 - 2227 Anm. 1 b.

2) s. o. Seite 56 ff.

3. Titel: Der Einfluß des Nachlaßkonkurses

I. Die Haftung für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden

Wie mit der Anordnung der Nachlaßverwaltung beschränkt sich die Haftung des Erben für die Nachlaßschulden und damit auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden nach § 1975 BGB auch mit der Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens auf den Nachlaß. Zumindest für die Dauer dieses Verfahrens haftet der Erbe den neuen Geschäftsgläubigern damit ebenfalls nicht persönlich. Die neuen Geschäftsschulden nehmen im Nachlaßkonkurs allerdings insofern eine Sonderstellung ein, als sie Masseschulden und als solche aus dem Nachlaß vorweg zu berichtigen sind (§§ 224 Nr. 5, 57 KO). Damit dürfte den Geschäftsgläubigern, die mit einem Testamentsvollstrecker paktiert haben, in einer Vielzahl praktischer Fälle die Erfüllung ihrer Forderungen sicher sein, da sie die Konkurrenz der übrigen Nachlaßgläubiger nicht zu befürchten brauchen.

Kommt es allerdings zur Beendigung des Konkursverfahrens[1], ohne daß alle Geschäftsschulden berichtigt sind, so ist fraglich, wie sich die Haftung des Erben dann gestaltet. Da die neuen Geschäftsschulden sowohl Masse- als auch Nachlaßschulden sind, ist diese Frage in doppelter Hinsicht zu prüfen:

1) In konkursrechtlicher Beziehung muß hierzu gesagt werden, daß die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Gemeinschuldner mit seinem konkursfreien Vermögen für die Masseschulden haftet, umstritten

---

1) Der Nachlaßkonkurs endet stets durch einen Gerichtsbeschluß. Dieser spricht entweder die Aufhebung des Konkurses oder die Einstellung des Verfahrens aus. Die Aufhebung des Konkurses erfolgt nach Ausschüttung der Masse oder nach Abschluß eines Zwangsvergleichs, die Einstellung nach einem Gantverzicht der Nachlaßgläubiger oder bei Nachlaßdürftigkeit (vgl. Binder II S. 174).
Hiervon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen die Konkurseröffnung auf Beschwerde hin wieder aufgehoben wird (§§ 109, 116, 74 KO). In diesen Fällen werden die mit der Konkurseröffnung eintretenden Rechtsfolgen, also auch die Haftungsbeschränkung, automatisch hinfällig: der Erbe haftet, als ob nie eine Konkurseröffnung stattgefunden hätte; vgl. v. Staudinger-Lehmann § 1989 Anm. 1 Nr. 3; Planck-Flad § 1989 Anm. 1 b δ; Jaeger § 109 Anm. 4 und § 230 Anm. 2; Kipp-Coing § 96 IV 1, S. 358; Oetker ZHR 66, 194 (178).

ist. Als gesichert dürfte heute immerhin die Erkenntnis angesehen werden können, daß die §§ 12, 14 und 57 KO der Haftung des konkursfreien Vermögens des Gemeinschuldners nicht entgegenstehen[1]; die §§ 12 und 14 KO deshalb nicht, weil sie nur Konkursgläubiger betreffen, während die neuen Geschäftsgläubiger als Massegläubiger gerade keine Konkursgläubiger sind, die Vorschrift des § 57 KO nicht, weil die Massegläubiger hiernach zwar einen Anspruch auf Vorausbefriedigung aus der Masse erhalten, ohne daß damit aber gesagt ist, daß sie sich nur oder auch zunächst nur aus der Masse befriedigen dürften. Hiervon abgesehen, werden zu der Frage der Haftung für die Masseschulden folgende Auffassungen vertreten[2]: nach der einen Meinung soll der Gemeinschuldner den Massegläubigern in jedem Fall und zu jedem Zeitpunkt mit seinem gesamten konkursfreien Vermögen haften; nach einer anderen Meinung soll er ihnen überhaupt nicht mit seinem konkursfreien Vermögen haften, nach einer dritten Meinung soll er nur für die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens begründeten Masseschulden - das wäre also auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden - mit seinem konkursfreien Vermögen haften, während er für die nach der Eröffnung des Verfahrens begründeten Masseschulden während der Dauer des Verfahrens überhaupt nicht und nach der Beendigung des Verfahrens nur mit den ausgeantworteten Massebestandteilen haften soll[3]. Einer Stellungnahme zu diesen Auffassungen bedarf es im Rahmen dieser Untersuchung nicht. Denn wie immer man die Haftung des Gemeinschuldners für Masseschulden beurteilen mag, so kann doch mit keiner dieser Meinungen eine Haftung des Erben mit seinem Eigenvermögen begründet werden: im Nachlaßkonkurs ist der Erbe nämlich nicht mit seinem gesamten Vermögen, sondern nur in seiner Stellung als Erbe, d.h. mit dem Nachlaß Gemeinschuldner[4].

---

1) Jaeger-Lent § 57 Anm. 4.

2) vgl. die Zusammenstellung bei Jaeger-Lent § 57 Anm. 4 und 5.

3) so die heute wohl herrschende Meinung, vgl. z.B. noch Schönke-Baur § 54 F I 1, S. 253.

4) Jaeger § 214 Anm. 9. - Daß die Konkursmasse im Nachlaßkonkurs nur aus Nachlaßbestandteilen besteht, bedeutet nicht, daß der Nachlaß Gemeinschuldner ist, wie gelegentlich angenommen wurde (vgl. z.B. Schroeder: "Der Einfluß des Todes des Gemeinschuldners auf ein anhängiges Konkursverfahren" ZZP 28, 1 (8 f); Hagen: "Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten" JherJb. 42, 43 (106). Gemeinschuldner kann immer nur ein Rechtssubjekt sein. Nicht erforderlich ist, daß es mit seinem gesamten Vermögen im Konkurs steht. Deshalb ist der Erbe und nicht der Nachlaß der Gemeinschuldner des Nachlaßkonkurses (Jaeger § 214 Anm. 7 mit weiteren Hinweisen; Schönke-Baur § 57 A I, S. 287).

"konkursfreie Vermögensbestandteile" sind im Nachlaßkonkurs daher auch nur Nachlaßbestandteile, nicht aber das vom Nachlaßkonkurs gänzlich unberührte Erbenvermögen. Auch diejenigen Autoren, die der Meinung sind, daß der Erbe für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten Masseschulden mit dem konkursfreien Vermögen haftet, kommen daher nur zu einer Haftung mit den konkursfreien Nachlaßbestandteilen, nicht aber mit dem Erbenvermögen.

2) Die im Rahmen dieser Untersuchung allein interessierende Frage, ob und wann der Erbe für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden persönlich haftet, bestimmt sich demnach überhaupt nicht nach konkursrechtlichen, sondern ausschließlich nach erbrechtlichen Gesichtspunkten. Je nach Art der Konkursbeendigung sind hierbei die folgenden Fälle zu unterscheiden:

a) Haftete der Erbe bereits vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses endgültig unbeschränkt oder liegen bei der Beendigung des Verfahrens die Voraussetzungen des § 1973 oder des § 1990 BGB vor, so haftet der Erbe auch nach der Beendigung des Nachlaßkonkursverfahrens nach diesen Vorschriften[1]. Das bedeutet also, daß er im Falle der vorher schon endgültig unbeschränkten Haftung weiterhin persönlich haftet, was wiederum ohne weiteres einleuchtet, da der Nachlaßkonkurs in diesem Falle ebenfalls keine haftungsbeschränkende Wirkung hatte (§ 2013 I 1 BGB), und daß sich die Haftung in den übrigen Fällen, zu denen auch der der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Masse nach § 204 KO gehört, entsprechend den Vorschriften des §§ 1973 und 1990 BGB beschränkt[2].

b) Endet der Nachlaßkonkurs durch Aufhebung des Verfahrens infolge eines Zwangsvergleichs oder nach der Verteilung der Masse, so haftet der Erbe den Gläubigern nur noch mit dem Nachlaßrest (§§ 1989, 1973 BGB). Dabei sind jedoch nicht alle dann vorhandenen Nachlaßbestandteile Nachlaßrest im Sinne der §§ 1989, 1973 BGB. Vielmehr sind diejenigen Beträge abzuziehen, die im Nachtragsverteilungsverfahren zur Verteilung kommen[3], also alles, was von der Masse zunächst zurückgehalten, nach-

---

1) vgl. die entsprechende Regelung bei der Nachlaßverwaltung oben S. 56

2) Planck-Flad § 1989 Anm. 1 a, b α; Binder II S. 174; Oetker ZHR 66, 191 (277 f).

3) v. Staudinger-Lehmann § 1989 Anm. 3; Planck-Flad § 1989 Anm. 2; Jaeger § 230 Anm. 4.

träglich aber frei wurde, ferner die Beträge, die aus der Masse gezahlt wurden, nachträglich aber an sie zurückfließen, und schließlich die Mittel, deren Zugehörigkeit zur Masse erst nachträglich ermittelt wurde (§ 166 KO). Als Gegenstand der Haftung nach § 1989 BGB kommen demnach nur die Vermögensgegenstände in Betracht, die im Nachlaßkonkurs nicht verwertet werden konnten, oder ein nach Beendigung des Verteilungs- (und Nachtragsverteilungs-) verfahrens verbliebener Überschuß, der sich ergeben kann, wenn die Nachlaßüberschuldung irrtümlich angenommen wurde. Nur mit diesen Gegenständen haftet der Erbe nach der Konkursaufhebung entsprechend § 1973 BGB. Die im Konkurs nicht berücksichtigten neuen Geschäftsgläubiger sehen sich nach der Konkursaufhebung also einem doppelten Nachteil gegenüber: Einmal haftet ihnen nur der Nachlaßrest, und zum andern nehmen sie nach der Konkursbeendigung nicht mehr die bevorzugte Stellung von Massegläubigern ein; denn diese überdauert den Nachlaßkonkurs nicht; die neuen Geschäftsgläubiger sind vielmehr wie alle anderen Nachlaßgläubiger auf den Nachlaßrest angewiesen. Das hat seinen Grund darin, daß die im Konkursverfahren ergehende Aufforderung zur Anmeldung der Forderungen und der Ablauf der Ausschlußfrist (§§ 110, 111, 152 KO) und die beim Zwangsvergleich vorgesehene öffentliche Bekanntmachung des Vergleichstermins (§ 179 KO) das Aufgebot des § 1970 BGB ersetzen[1]; damit werden die nach der Konkursbeendigung noch nicht befriedigten Gläubiger den ausgeschlossenen Gläubigern im Sinne von § 1973 BGB gleichgestellt.

c) Liegt der Grund für die Beendigung des Konkursverfahrens weder in der Unzulänglichkeit der Masse noch in deren Verteilung auf die Gläubiger bzw. dem Abschluß eines Zwangsvergleichs, wird das Verfahren vielmehr eingestellt, weil die Gläubiger auf seine weitere Durchführung verzichten (§ 202 KO - sogenannter Cantverzicht), so richtet sich die zukünftige Haftung des Erben in erster Linie nach den Vereinbarungen, die er mit den Gläubigern hierüber getroffen hat[2]. Läßt sich hiernach nicht entscheiden, ob der Erbe persönlich oder nur mit dem Nachlaß haftet, so tritt wieder der Rechtszustand der vorläufig unbeschränkten Haftung ein. Das folgt daraus, daß die haftungsbeschränkende Wirkung der amtlichen Haftungsbeschränkungsverfahren, wie oben für

1) v. Staudinger-Lehmann § 1989 Anm. 1.
2) Planck-Flad § 1989 Anm. 1 b β; Kipp-Coing § 95 IV 4, S. 360.

die Nachlaßverwaltung eingehend begründet wurde[1], auf deren Dauer begrenzt ist, soweit sich aus bestimmten gesetzlichen Bestimmungen nichts anderes ergibt. Das gilt auch für das Nachlaßkonkursverfahren. Der Unterschied zwischen beiden Verfahren besteht insoweit lediglich darin, daß das Gesetz für die Beendigung des Konkursverfahrens nach Verteilung der Masse oder nach Abschluß eines Zwangsvergleichs die Sondervorschrift des § 1989 BGB gibt, die bei der Nachlaßverwaltung fehlt. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß die haftungsbeschränkende Wirkung des Konkursverfahrens im übrigen auf dessen Dauer begrenzt ist. Der Erbe haftet demnach wie bei der Nachlaßverwaltung für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten neuen Geschäftsschulden wieder unbeschränkt, aber beschränkbar. Für eine erneute Haftungsbeschränkung muß er sich der allgemeinen Haftungsbeschränkungsmittel bedienen[2].

Zusammenfassend ergibt sich also: Für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten neuen Geschäftsschulden haftet der Erbe nach Beendigung desselben mit dem Nachlaßrest, wenn das Verfahren mit der Verteilung der Masse oder dem Abschluß eines Zwangsvergleichs abschließt; in den Fällen des Gantverzichts haftet der Erbe anschließend wieder vorläufig unbeschränkt, sofern er nicht eine abweichende Vereinbarung mit den Gläubigern getroffen hat. Die Vorschriften der §§ 1973 und 1990 BGB bleiben hiervon unberührt.

Hiernach ist zu untersuchen, wie der Erbe für die während des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten Geschäftsschulden haftet.

II. Die Haftung für die während des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten Geschäftsschulden

Wie bei der Nachlaßverwaltung ist dem Testamentsvollstrecker auch während der Dauer des Nachlaßkonkursverfahrens die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß genommen. Zwar beendigt auch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Testamentsvollstreckung nicht[3],

---

1) s. o. Seite 56 ff.

2) Planck-Flad § 1989 Anm. 1 b β; Jaeger § 230 Anm. 7 bis 9; Riesenfeld II S. 199; Eccius GruchBeitr. 43, 626 f; a.A. v. Staudinger-Lehmann § 1989 Anm. 1; Binder II S. 175; Oetker ZHR 66, 194 (278).

3) Planck-Flad Bem. 5 d vor § 2197 und § 2225 Anm. 3.

sondern nimmt dem Vollstrecker nur das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß[1]; damit fehlt ihm aber auch die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß. Der Grund ist hier wie dort derselbe: Wenn der Erbe seine Verpflichtungsbefugnis durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht verliert, so liegt das daran, daß das Konkursverfahren auf seine Geschäftsfähigkeit ohne Einfluß ist[2] und ihm durch § 6 KO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis nur hinsichtlich seines zur Konkursmasse gehörenden Vermögens genommen ist; die Freiheit zur eigenen persönlichen Verpflichtung bleibt davon jedoch unberührt. Die Verpflichtungsmacht des Testamentsvollstreckers ist hingegen, wie wir sahen[3], nicht in der jedermann gegebenen Freiheit zur eigenen persönlichen Verpflichtung, sondern in seiner Verwaltungsbefugnis über den Nachlaß begründet. Verliert er diese, so entfällt damit auch die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß. Kann der Vollstrecker aber während der Dauer des Nachlaßkonkurses keine neuen Geschäftsschulden begründen, so kann die Anordnung der Testamentsvollstreckung bzw. die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker insoweit auch nicht gleichbedeutend sein mit der Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung.

Die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß steht während dieser Zeit ausschließlich dem Konkursverwalter zu. Die von ihm begründeten Schulden sind allerdings zugleich Masseschulden (§ 59 KO). Die Frage, wie der Erbe für sie haftet, kann jedoch auch im Rahmen dieser Erörterungen auf sich beruhen. Denn mit keiner der zur Frage der Haftung des Gemeinschuldners für die Masseschulden vertretenen Meinungen[4] kann die Haftung des Erbenvermögens begründet werden. Außerdem unterscheidet sich die Haftung des Erben für die vom Konkursverwalter begründeten Schulden nicht danach, ob vorher Testamentsvollstrekkung bestand oder nicht. Das gilt sowohl für die Zeit während des Nachlaßkonkurses als auch für die nach Beendigung desselben: auch dann bemißt sich die Haftung des Erben für die vom Konkursverwalter begründeten Geschäftsschulden nicht danach, ob Testamentsvollstreckung besteht.

---

1) Planck-Flad aaO; Jaeger § 214 Anm. 19; Mentzel-Kuhn § 215 Anm. 7.
2) Jaeger-Lent Bem. XV vor §§ 6 bis 9 KO.
3) s. o. Seite 64.
4) s. o. Seite 69.

Damit spricht die Ausgestaltung der Haftung für diese Schulden auch dann nicht gegen die Anordnung der Testamentsvollstreckung, wenn sie das Nachlaßkonkursverfahren überdauern.

Als Ergebnis bleibt demnach festzuhalten: Die Anordnung der Testamentsvollstreckung verschlechtert die Stellung derjenigen Geschäftsgläubiger nicht, deren Forderungen während der Dauer eines Nachlaßkonkursverfahrens begründet werden, mögen sie dieses überdauern oder nicht[1].

Hiernach bleibt allgemein zu untersuchen, wie der Erbe für die neuen Geschäftsschulden nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses haftet.

III. Die Haftung für die nach der Beendigung des Nachlaßkonkursverfahrens begründeten neuen Geschäftsschulden

Nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses haftet der Erbe für die dann vorhandenen neuen Geschäftsschulden je nach dem Entstehungszeitpunkt der einzelnen Schuld unterschiedlich. Die Wirkung der Konkursbeendigung auf die vor und die während des Nachlaßkonkurses begründeten Geschäftsschulden wurde bereits unter I. und II. erörtert. Zu untersuchen bleibt demnach noch die Haftung des Erben für die nach der Konkursbeendigung vom Testamentsvollstrecker neu begründeten Geschäftsschulden. Da die Testamentsvollstreckung durch die Eröffnung des Konkurses nicht ihre Beendigung findet, der Vollstrecker die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß vielmehr nur in dem Maße und so lange an den Konkursverwalter verliert, als sie diesem übertragen ist[2], lebt das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses wie nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung wieder auf. Damit kann der Vollstrecker auch wieder neue Geschäftsschulden begründen, vorausgesetzt natürlich, daß das Handelsgeschäft noch vorhanden ist und nicht versilbert wurde. Für die Geschäftsschulden, die der Testamentsvollstrecker dann neu begründet, haftet der Erbe wie nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung vorläufig unbeschränkt, aber mit der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung. Der

---

1) Auch in diesem Zusammenhang sei auf die bereits oben Seite 66 Fußnote 1 berührte Frage hingewiesen: Kann gegen die Testamentsvollstreckung eingewandt werden, sie ermögliche die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung, wenn der Erbe für die vom Konkursverwalter begründeten Geschäftsschulden ebenfalls beschränkt haftet? Die Frage wird im 2. Abschnitt eingehend zu erörtern sein.

2) s. o. Seite 73 Fußnote 1.

Grund ist hier wie dort derselbe: Die Eröffnung, Durchführung und Beendigung des Nachlaßkonkursverfahrens haben auf diese Schulden keinen Einfluß, da sie erst später entstanden sind. Will der Erbe die Haftung für diese Schulden auf den Nachlaß beschränken, so muß er - von den Fällen des § 1990 BGB abgesehen - erneut ein Haftungsbeschränkungsverfahren durchführen. Solange er das nicht tut, sind die neuen Geschäftsgläubiger gegenüber der ohne Testamentsvollstreckung geltenden Regelung nicht benachteiligt, da der Erbe ihnen bis dahin auch mit seinem Eigenvermögen haftet.

Zusammenfassend bleibt also festzuhalten: Wird das Nachlaßkonkursverfahren eröffnet, so verschlechtert sich die Position derjenigen neuen Geschäftsgläubiger, deren Forderungen vor der Eröffnung des Verfahrens begründet waren, durch das Bestehen der Testamentsvollstreckung insofern, als der Erbe während der Dauer des Nachlaßkonkurses beschränkt haftet; diese Haftungsbeschränkung überdauert den Nachlaßkonkurs, wenn dieser mit einem Zwangsvergleich oder mit der Verteilung der Masse abschließt (§§ 1989, 1973 BGB); in den übrigen Fällen haftet der Erbe, von den Vorschriften der §§ 1973 und 1990 BGB abgesehen, für die vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses begründeten neuen Geschäftsschulden hinterher wieder vorläufig unbeschränkt. Für Schulden, die während des Nachlaßkonkurses begründet werden, haftet der Erbe in Fällen bestehender Testamentsvollstreckung nicht anders als in Fällen ohne Testamentsvollstreckung. Für die nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses neu begründeten Geschäftsschulden haftet er vorläufig unbeschränkt; solange er kein Haftungsbeschränkungsverfahren durchführt, erleiden die Gläubiger dieser Forderungen durch das Bestehen der Testamentsvollstreckung keine Nachteile.

4. Titel: Der Einfluß des Nachlaßvergleichs

I. Die Haftung für die vor der Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten neuen Geschäftsschulden

Die Vorschrift des § 113 Nr. 4 VglO stellt das Nachlaßvergleichsverfahren und einen in ihm geschlossenen Zwangsvergleich "in Ansehung der Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten" dem Nachlaßkonkurs und einem in ihm geschlossenen Zwangsvergleich gleich. Damit wird die Haftung des noch beschränkbar haftenden Erben für die Nachlaßschulden

durch die Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens ebenfalls auf den Nachlaß beschränkt (§§ 2013 I 1, 1975 BGB, § 113 Nr. 4 VglO). Freilich könnte man zweifeln, ob das auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten neuen Geschäftsschulden gilt; denn diese nehmen nach § 113 Nr. 6 VglO, § 224 Nr. 5 KO nicht am Nachlaßvergleichsverfahren teil, und es ist fraglich, ob sich die haftungsbeschränkende Wirkung des Nachlaßvergleichsverfahrens dann auf sie erstreckt. Diese Frage ist jedoch zu bejahen: Beim Nachlaßvergleichsverfahren hat man nämlich, wie auch beim Nachlaßkonkurs, zwischen den Bestands- und den Inhaltswirkungen des Verfahrens und eines in ihm geschlossenen Zwangsvergleichs zu unterscheiden[1]: Gewisse rechtliche Folgen knüpfen bereits an die Tatsache der Eröffnung und der Durchführung des Verfahrens an, während andere Bestimmungen der Vergleichsordnung nur für die am Verfahren beteiligten Nachlaßschulden gelten. Die auf § 1975 BGB beruhende Haftungsbeschränkung ist nun eindeutig eine Bestandswirkung des Nachlaßvergleichsverfahrens: Für jede Nachlaßschuld beschränkt sich die Haftung des Erben mit der Eröffnung des Verfahrens auf den Nachlaß, mag der betreffende Gläubiger am Verfahren teilnehmen und vom Inhalt eines Zwangsvergleichs betroffen werden oder nicht. Die Rechtslage entspricht insoweit derjenigen, die beim Nachlaßkonkurs gilt: Dort sind die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden Masseschulden (§ 224 Nr. 5 KO); obwohl sie als solche ebenfalls nicht am Nachlaßkonkurs teilnehmen, d.h. keine Konkursforderungen sind, beschränkt sich die Haftung des Erben auch für sie nach § 1975 BGB auf den Nachlaß, wenn das Nachlaßkonkursverfahren eröffnet wird. Damit wird den neuen Geschäftsgläubigern also nicht nur durch die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, sondern auch durch die Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens die Zugriffsmöglichkeit auf das Erbenvermögen genommen[2]. Da sie indessen an dem Verfahren selbst nicht teilnehmen (§ 113 Nr. 6 VglO, § 224 Nr. 5 KO), können sie trotzdem weiterhin gegen den Nachlaß vorgehen. Den Beschränkungen, die das Nachlaßvergleichsverfahren für die an ihm beteiligten Gläubiger mit sich bringt, unterliegen sie insoweit nicht[3]. Diese Tatsache dürfte praktisch dazu führen, daß die Forderungen der neuen Geschäftsgläubi-

---

1) siehe dazu Bley § 113 Anm. 50.

2) Bley § 113 Anm. 25 und 27.

3) Bley § 47 Anm. 3 b.

ger bei der Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens bzw. im Verlaufe seiner Durchführung erfüllt oder sichergestellt werden. Denn der Erbe (Vergleichsschuldner) muß mit dem Eröffnungsantrag den Vergleichsvorschlag unterbreiten und angeben, wie die Erfüllung des Vergleichs sichergestellt werden soll (§ 3 I VglO). Er kann aber kaum mit der Annahme des Vergleichsvorschlags durch die Gläubiger rechnen, wenn das Vorhandensein anderer, am Verfahren nicht beteiligter Gläubiger bekannt wird, die den inhaltlichen Beschränkungen des Vergleichsverfahrens und eines Zwangsvergleichs nicht unterliegen. Denn die am Verfahren beteiligten Gläubiger müßten dann immer damit rechnen, daß die anderen ihnen bei der Zwangsvollstreckung zuvorkommen, und werden den Vorschlag deshalb ablehnen. Schon aus diesem Grunde dürfte ein Vergleich praktisch die Erfüllung oder die Sicherstellung der nicht beteiligten Forderungen, also auch der der neuen Geschäftsgläubiger, voraussetzen. - Der Schutz der neuen Geschäftsgläubiger wird noch dadurch verstärkt, daß das Vergleichsgericht den Vergleich nur bestätigen darf, wenn der Nachlaß bei Erfüllung der Vergleichspflichten zur vollen Deckung der nicht beteiligten Forderungen ausreicht[1]; die Berichtigung oder die Sicherstellung der am Verfahren nicht beteiligten Forderungen sind zwar nicht wie in § 191 KO gesetzlich vorgeschrieben; das Gericht hat aber vor der Bestätigung des Vergleichs zu prüfen, ob er nicht dem gemeinsamen Interesse der Vergleichsgläubiger widerspricht (§ 79 Nr. 4 VglO). Das ist u.a. dann der Fall, wenn seine Erfüllbarkeit gefährdet ist, - z.B. dadurch, daß Nachlaßgläubiger sich ohne Rücksicht auf die Vergleichsvereinbarungen aus der "Vergleichsmasse" befriedigen können[2]. Auch deshalb können die neuen Geschäftsgläubiger praktisch mit der Erfüllung oder Sicherstellung ihrer Forderungen rechnen.

Trotzdem kann natürlich nicht ausgeschlossen werden, daß ein Vergleichsverfahren auch einmal ohne vorherige Berichtigung der neuen Geschäftsschulden durchgeführt und beendet wird. Damit ergibt sich die Frage, wie der Erbe für die neuen Geschäftsschulden haftet, wenn sie vor der Eröffnung des Verfahrens begründet waren, dieses jedoch überdauert haben. Wie in den entsprechenden Fällen des Nachlaßkonkursverfahrens ist die Haftung auch hier je nach der Art der Beendigung des Verfahrens unterschiedlich:

---

1) Bley § 113 Anm. 39; Jaeger Geschäftsaufsicht S. 90.
2) Bley § 79 Anm. 11 c.

1) Das Ziel des Vergleichsverfahrens ist der Abschluß eines Zwangsvergleichs und die Erfüllung der Nachlaßforderungen nach Maßgabe dieses Vergleichs. Das Verfahren wird daher regelmäßig nach der Erfüllung der Vergleichspflichten (§ 96 IV VglO) und nur ausnahmsweise, nämlich wenn die Erfüllung dieser Pflichten in anderer Weise sichergestellt ist, auch schon nach der Bestätigung des Vergleichs durch das Vergleichsgericht aufgehoben (§ 90 VglO). Da die Haftungsbeschränkung eine Bestandswirkung des Verfahrens ist, ist dieser Unterschied für die Haftung des Erben jedoch ohne Bedeutung: Unabhängig davon, ob der Vergleich erfüllt ist oder nicht, haftet der Erbe den neuen Geschäftsgläubigern nur mit dem verbleibenden Nachlaßrest, sobald das Verfahren beendet ist (§ 113 Nr. 4 VglO, §§ 1989, 1973 BGB)[1]. Das gilt auch dann, wenn der Erbe im übrigen im Vergleich die persönliche Haftung für die vergleichsmäßigen Leistungen übernommen hat[2]; diese Vergünstigung trifft die neuen Geschäftsgläubiger deshalb nicht, weil sie am Verfahren nicht beteiligt sind; damit unterliegen sie den Beschränkungen des Verfahrens und eines Zwangsvergleichs zwar nicht, andererseits kommen ihnen aber auch nicht die Vorteile des Vergleichs zugute[3]. Ihre Stellung verschlechtert sich damit wie nach der Beendigung des Nachlaßkonkurses durch Verteilung der Masse bzw. durch Abschluß eines Zwangsvergleichs in doppelter Hinsicht: Sie verlieren endgültig und nicht nur für die Dauer des Verfahrens den Zugriff auf das Erbenvermögen und können sich außerdem nicht mehr wie während der Dauer des Nachlaßvergleichsverfahrens an den gesamten Nachlaß, sondern nur an den Nachlaßrest halten, der gerade vorhanden ist, wenn sie ihre Forderung durchzusetzen versuchen.

2) Kommt der Abschluß eines Zwangsvergleichs nicht zustande, schließt sich an das Nachlaßvergleichsverfahren vielmehr unmittelbar ein Anschlußkonkurs an, so haftet der Erbe nunmehr nach den für den Nachlaßkonkurs geltenden, im 3. Titel dieses Kapitels dargestellten Grundsätzen.

---

1) Bley § 113 Anm. 55.

2) Wann das anzunehmen ist, muß die Auslegung des Vergleichs ergeben. Ob man "regelmäßig" persönliche Haftung annehmen soll, - so Bley § 113 Anm. 54; Planck-Flad § 1989 Anm. 3 a -, erscheint zweifelhaft. Die entgegengesetzte Meinung vertritt u.a. Johannsen in RGRK z. BGB § 1989 Anm. 3.

3) Bley § 113 Anm. 55.

3) Endet das Nachlaßvergleichsverfahren nicht in einem Anschlußkonkurs oder einem Zwangsvergleich, so haftet der Erbe bei Vorliegen der §§ 1973 und 1990 BGB nach diesen Bestimmungen, in den übrigen Fällen wieder vorläufig unbeschränkt, da die haftungsbeschränkende Wirkung der amtlichen Beschränkungsverfahren auf deren Dauer beschränkt ist. Was in dieser Hinsicht bei der Nachlaßverwaltung und beim Nachlaßkonkurs ausgeführt wurde, gilt für das Nachlaßvergleichsverfahren ebenfalls.

Zu untersuchen bleibt hiernach, wie der Erbe für die während des Nachlaßvergleichsverfahrens begründeten Geschäftsschulden haftet.

II. Die Haftung für die während der Dauer des Nachlaßvergleichsverfahrens begründeten Geschäftsschulden

Das Nachlaßvergleichsverfahren unterscheidet sich vom Nachlaßkonkurs und von der Nachlaßverwaltung vor allem dadurch, daß es dem Erben die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß beläßt und ihn lediglich der Aufsicht des Nachlaßvergleichsverwalters unterstellt[1]. Der verwaltungsbefugte Erbe bleibt damit auch während der Dauer des Nachlaßvergleichsverfahrens zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß befähigt. Steht das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß nun jedoch nicht dem Erben, sondern dem Testamentsvollstrecker zu, so erhebt sich wie bei der Nachlaßverwaltung und beim Nachlaßkonkurs die Frage nach dem Verhältnis von Testamentsvollstrekkung und Nachlaßvergleichsverfahren. Im Sinne der dort[2] gemachten Ausführungen wird man auch hier annehmen müssen, daß das Vorhandensein der Testamentsvollstreckung die Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens nicht ausschließt, die Testamentsvollstreckung ebenfalls nicht durch die Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens beendigt wird, sondern daß der Testamentsvollstrecker im Nachlaßvergleichsverfahren die Rolle des Vergleichsschuldners einnimmt. Damit kann er also auch während der Dauer des Verfahrens neue Geschäftsschulden eingehen. Für diese Schulden haftet der Erbe - ebenfalls während der Dauer des Verfahrens - nur beschränkt. Denn nach § 1975 BGB beschränkt sich seine

---

1) Aber auch die ihm danach auferlegten Beschränkungen haben nur interne Wirkung; setzt sich der Erbe über die Anordnungen des Vergleichsverwalters hinweg, so berührt das die Gültigkeit der vorgenommenen Maßnahmen nicht; vgl. Bley § 57 Anm. 23.

2) Seite 64 und Seite 73.

Haftung für Nachlaßschulden mit der Eröffnung eines der amtlichen Verfahren auf den Nachlaß, ohne daß danach unterschieden würde, ob die betreffende Schuld vor der Eröffnung oder während der Dauer des betreffenden Verfahrens begründet wurde. - Indessen können die Gläubiger derartiger Forderungen in aller Regel ebenfalls damit rechnen, daß ihre Forderungen vor der Beendigung des Verfahrens erfüllt oder sichergestellt werden, da das Vergleichsgericht den Vergleich sonst nicht bestätigen dürfte (§ 79 Nr. 4 VglO)[1]. Überdauert allerdings eine derartige Forderung ausnahmsweise das Nachlaßvergleichsverfahren, so haftet der Erbe für sie wie für die vor der Eröffnung des Verfahrens begründete Geschäftsschuld je nach Art der Verfahrensbeendigung unterschiedlich: Nach Abschluß eines Zwangsvergleichs haftet er nach §§ 1989, 1973 BGB nur mit dem Nachlaßrest, beim Übergang des Nachlaßvergleichsverfahrens in einen Anschlußkonkurs nach den für das Konkursverfahren geltenden Bestimmungen, bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 1973 BGB oder § 1990 BGB nach diesen Vorschriften und im übrigen entsprechend der hier vertretenen Auffassung, daß die haftungsbeschränkende Wirkung der amtlichen Verfahren auf deren Dauer begrenzt ist, vorläufig unbeschränkt. Das bedeutet demnach: Wird die Haftungsbeschränkung durch die Eröffnung eines Nachlaßvergleichsverfahrens herbeigeführt, so haftet der Erbe für die während der Dauer des Verfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden wie für die vorher von diesem begründeten Geschäftsschulden.

Hiernach bleibt zu untersuchen, wie der Erbe für die nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens neu begründeten Geschäftsschulden haftet.

III. Die Haftung für die nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden

Wie nach der Beendigung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses können auch nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens drei verschiedene Gruppen von Nachlaßverbindlichkeiten vorhanden sein: Nachlaßschulden, die vor, und solche, die während des Verfahrens begründet wurden, dieses aber überdauert haben, sowie Nachlaßschulden, die nach der Beendigung des Verfahrens neu begründet werden. Welchen Einfluß

1) s. o. Seite 77.

die Beendigung des Vergleichsverfahrens auf die vor und die während desselben begründeten Geschäftsschulden hat, wurde bereits unter I. und II. dargestellt. Zu erörtern bleibt hiernach noch die Haftung des Erben für die Geschäftsschulden, die der Vollstrecker nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens neu begründet. Wie für die entsprechenden Geschäftsschulden nach der Aufhebung der Nachlaßverwaltung bzw. der Beendigung des Nachlaßkonkurses haftet der Erbe auch für die nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens neu begründeten Geschäftsschulden vorläufig unbeschränkt, wobei zur Begründung auf das dort[1] Gesagte verwiesen werden kann: Da diese Schulden erst nach der Beendigung des Verfahrens begründet werden, können seine Eröffnung, Durchführung und Beendigung sowie die sonst mit ihm verbundenen rechtlichen Folgen auf diese Schulden keinen Einfluß haben. Will der Erbe sich der persönlichen Haftung für diese Schulden entziehen, so muß er - von den Fällen des § 1990 BGB abgesehen - erneut ein Haftungsbeschränkungsverfahren durchführen.

Zusammenfassend läßt sich der Einfluß des Nachlaßvergleichsverfahrens auf die Haftung des Erben für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden demnach wie folgt charakterisieren: Für die Geschäftsschulden, die der Testamentsvollstrecker vor der Eröffnung und während der Dauer des Nachlaßvergleichsverfahrens begründet, haftet der Erbe während der Dauer des Verfahrens nur mit dem Nachlaß; diese Haftungsbeschränkung überdauert das Verfahren, wenn dieses mit einem Zwangsvergleich abschließt oder in einen Anschlußkonkurs übergeht; sie wird mit der Beendigung des Verfahrens hingegen wieder hinfällig, wenn dieses in anderer Weise beendet wird. Für diejenigen Geschäftsschulden, die der Testamentsvollstrecker nach der Beendigung des Nachlaßvergleichsverfahrens begründet, haftet der Erbe vorläufig unbeschränkt. Die Vorschriften der §§ 1973 und 1990 BGB bleiben hiervon unberührt.

6. Kapitel: Die Haftung der Miterben

Geht das einzelkaufmännische Unternehmen nicht auf einen einzelnen, sondern auf eine Mehrheit von Erben über, so sind, wie oben erwähnt wurde[2], bei der Haftung der Miterben für die neuen Geschäftsschulden

1) s. o. Seite 66 ff und Seite 74 ff.
2) Seite 38 f.

drei Fragen zu unterscheiden, nämlich die Frage der Vertretung der Miterben (a), die Frage nach dem Gegenstand der Haftung (b) und schließlich die Frage nach der Höhe der Haftung (c). Das gilt nicht nur bei der Geschäftsfortführung durch die Miterbengemeinschaft selbst, sondern auch dann, wenn ein Testamentsvollstrecker den Nachlaß verwaltet.

a) In diesem Falle bereitet die Frage nach der Vertretung der Miterben allerdings keine Schwierigkeiten: entsprechend der auch sonst geltenden Regelung ist nur der Vollstrecker zur Verwaltung des Nachlasses und damit auch zur Eingehung von Verbindlichkeiten, für die der Nachlaß haftet, befugt (§§ 2211, 2214 BGB); für eine Verwaltungstätigkeit der Miterbengemeinschaft oder des einzelnen Miterben besteht daneben kein Raum.

b) Während aber die Geschäftsschulden, die eine Miterbengemeinschaft begründet, Nachlaß-Erbenschulden sind, für die der einzelne Miterbe immer auch persönlich haftet, sind die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden nur Nachlaßschulden (§ 2206 BGB). Für sie haften die einzelnen noch beschränkbar haftenden Miterben bis zur Nachlaßteilung und das heißt im Zweifel: bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung[1] nur vorläufig beschränkt (§ 2059 I 1 BGB). Bei der Vererbung des Handelsgeschäfts auf eine Erbenmehrheit ermöglicht die Anordnung der Testamentsvollstreckung die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung demnach in besonderer Weise: im Gegensatz zu den übrigen gesetzlich geregelten Fällen der beschränkten Haftung (§§ 1973, 1975, 1990 BGB) können die Miterben sich der persönlichen Haftung für die Nachlaßschulden entziehen, ohne daß es dazu weiterer Voraussetzungen oder besonderer Verfahren bedarf; der Nachlaß muß sich nur noch in ungeteiltem Zustand befinden.

Außerdem haben die Miterben aber die Möglichkeit, die Haftung mit den allen Erben offen stehenden Mitteln auf den Nachlaß zu beschränken; auch der Miterbe kann sich also der persönlichen Haftung entziehen, indem er eine der in den §§ 1973, 1975, 1990 BGB vorgesehenen Maßnahmen ergreift. Insoweit gelten allerdings einige Besonderheiten: Die Errichtung des Inventars durch einen Miterben kommt auch den übrigen

1) s. o. Seite 26 Fußnote 1.

noch beschränkbar haftenden Miterben zustatten (§ 2063 I BGB), während der Verlust des Haftungsbeschränkungsrechts immer nur denjenigen Miterben trifft, in dessen Person die Voraussetzungen dafür eintreten[1]. Weiterhin kann jeder noch nicht allgemein endgültig unbeschränkt haftende Miterbe unabhängig von den übrigen Miterben das Gläubigeraufgebot betreiben[2], während ein daraufhin ergehendes Ausschlußurteil zugunsten aller noch nicht endgültig unbeschränkt haftenden Miterben wirkt[3]. Jeder Miterbe kann für sich die Dürftigkeitseinrede unter den Voraussetzungen des § 1990 BGB erheben; die Anordnung der Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßvergleichsverfahrens können die Miterben jedoch nur gemeinschaftlich, bis zur Nachlaßteilung und insgesamt im Besitze des Haftungsbeschränkungsrechts beantragen (§§ 2062, 2013 I 1 Halbsatz 2 BGB, § 113 Nr. 1, Nr. 3 VglO), während die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wieder jeder Miterbe für sich und zu jeder Zeit beantragen kann. Im übrigen ist der Miterbe dem Alleinerben in der Frage der Haftungsbeschränkung gleichgestellt. Deshalb braucht im Rahmen dieser Untersuchung auch nicht mehr weiter darauf eingegangen zu werden. Als Besonderheit ist vielmehr nur festzuhalten, daß die Miterben bis zur Nachlaßteilung für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden vorläufig beschränkt haften, während sie in Fällen ohne Testamentsvollstreckung für die neuen Geschäftsschulden auch mit ihren Eigenvermögen ohne die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung einstehen müssen.

c) Die Beerbung des Geschäftsinhabers durch eine Erbenmehrheit bringt schließlich die Eigentümlichkeit mit sich, daß die neuen Geschäftsinhaber für die Nachlaßschulden und damit auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden unter bestimmten Voraussetzungen nur zu dem ihrem Erbteil entsprechenden Teilbetrag haften. Das ist der Fall, wenn ein Nachlaßgläubiger im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wird (§ 2060 Nr. 1 BGB) oder wenn ein Nachlaßkonkurs durch einen Zwangsvergleich oder durch die Verteilung der Masse beendigt worden ist (§ 2060 Nr. 3 BGB), was für den im Nachlaßvergleichsverfahren

---

1) v. Staudinger-Lehmann Bem. 2 vor § 2058; Erman-Bartholomeyczik Bem. 7 vor § 2058.

2) v. Staudinger-Lehmann § 2062 Anm. 3.

3) v. Staudinger-Lehmann § 2061 Anm. 3; Planck-Flad § 1970 Anm. 3 b α und § 2061.

geschlossenen Zwangsvergleich ebenfalls gilt (§ 113 Nr. 4 VglO). Durch den Zerfall in Teilforderungen verschlechtert sich die Stellung der neuen Geschäftsgläubiger gegenüber der ohne Testamentsvollstreckung geltenden Rechtslage jedoch nicht. Denn die Forderungen der neuen Geschäftsgläubiger unterliegen auch dann den Bestimmungen des § 2060 BGB, wenn die Miterben das Geschäft selbst fortführen, die neuen Geschäftsforderungen also Nachlaß-Erbenforderungen sind[1]. Zwar sind die Voraussetzungen hierfür in beiden Fällen teilweise unterschiedlich - für die Nachlaßerbengläubiger wirkt sich die Bestimmung des § 2060 BGB erst aus, wenn der Nachlaß den Erbengläubigern nicht mehr haftet[2] -, im Rahmen dieser Untersuchung kann dieser Unterschied jedoch unberücksichtigt bleiben; denn die neuen Geschäftsgläubiger können es auch in den Fällen ohne Testamentsvollstreckung nicht verhindern, daß der Erbe ein Nachlaßsonderungsverfahren durchführt, das ihnen als Erbengläubigern den Zugriff auf den Nachlaß nimmt.

Daß die gesamtschuldnerische Haftung der Miterben mit den Eigenvermögen bei bestehender Testamentsvollstreckung entfällt, braucht an dieser Stelle nicht mehr hervorgehoben zu werden; denn das ergibt sich aus der Tatsache, daß die Eigenvermögen der Miterben überhaupt nicht haften. Hier galt es nur zu prüfen, ob die neuen Geschäftsgläubiger, vom Verlust der persönlichen Haftung abgesehen, durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung Nachteile erleiden. Das ist jedoch nicht der Fall.

Zusammenfassend ergibt sich demnach, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung die Stellung der neuen Geschäftsgläubiger bei der Beerbung des Geschäftsinhabers durch eine Erbengemeinschaft lediglich insofern verschlechtert, als ihnen der Zugriff auf die Erbenvermögen bis zur Nachlaßteilung ohne weitere Voraussetzungen verwehrt ist.

---

1) s. o. Seite 40 ff.

2) s. o. Seite 42.

2. Abschnitt: Die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker unter Berücksichtigung der Vorschriften des Handelsrechts

1. Kapitel: Überblick

Aus der Tatsache, daß die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden Nachlaßschulden sind, für die der Erbe unter den gekennzeichneten Voraussetzungen beschränkt haftet, folgert die herrschende Meinung, der Vollstrecker könne das Handelsgeschäft nicht als solcher, d.h. ohne Umgestaltung seiner Befugnisse, fortführen, sondern müsse dazu die Stellung eines Bevollmächtigten des Erben oder eines treuhänderischen Geschäftsinhabers erhalten[1].

Welches Schicksal die Testamentsvollstreckung als solche hat, wird dabei unterschiedlich beantwortet. In älteren Entscheidungen findet sich, soweit die Frage hier überhaupt berührt wird, die Auffassung, die Anordnung der Testamentsvollstreckung als solche sei unwirksam. So spricht beispielsweise das Kammergericht von der "gegebenen Unzulässigkeit der eigentlichen Testamentsvollstreckung"[2], und diese Formulierung ist später von verschiedenen Autoren übernommen worden[3]. Trotzdem nehmen diese Verfasser und das Kammergericht an, der Testamentsvollstrecker könne das Handelsgeschäft als treuhänderischer Inhaber oder als Bevollmächtigter des Erben fortführen. Das ist zumindest so lange inkonsequent, als nicht dargetan ist, wie der Vollstrecker bei "der gegebenen Unzulässigkeit der eigentlichen Testamentsvollstreckung" die Stellung als treuhänderischer Geschäftsinhaber oder als Bevollmächtigter des Erben erhält. Außerdem ergibt sich bei dieser Auffassung aber der Nachteil, daß die mit der Testamentsvollstreckung verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten; denn wenn die Anordnung der Testamentsvollstreckung unwirksam ist, entfällt auch die Anwendung der §§ 2197 ff BGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts. Schließlich müßten diese Autoren aber auch nachweisen, daß der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft überhaupt noch verwalten kann und nicht nach § 2217 BGB an den

---

1) s. o. Seite 20 ff.

2) KG JW 1939, 104.

3) v. Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 58; Soergel-Ehard-Eder § 2205 Anm. 5; Haegele S. 37; Heintzenberg S. 52; vgl. auch schon Bondi JW 1931, 3073.

Erben herauszugeben verpflichtet ist. Nach § 2217 BGB hat er dem Erben nämlich Nachlaßgegenstände, die er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht benötigt, auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen, und es ist, wie der BGH wohl zu Recht annimmt, rechtlich bedenkenfrei, hierzu auch die Gegenstände zu rechnen, die er aus Rechtsgründen nicht verwalten kann[1].

Die neuere Rechtsprechung scheint die Anordnung der Testamentsvollstreckung für gültig zu halten[2]; sie nimmt aber ebenfalls an, daß der Vollstrecker das Handelsgeschäft nicht als solcher kraft seines Amtes fortführen kann, sondern daß er dazu die Stellung eines treuhänderischen Geschäftsinhabers oder eines Bevollmächtigten haben müßte. Damit wird zwar der Einwand hinfällig, der Vollstrecker müsse das Handelsgeschäft nach § 2217 BGB an den Erben herausgeben; auch ist nun der Weg für die Anwendung der Vorschriften über die Testamentsvollstreckung frei. Eine überzeugende Lösung vermag jedoch auch diese Auffassung nicht zu bieten. Denn einmal bleibt auch nach ihr ungeklärt, wie der Testamentsvollstrecker die Stellung als Bevollmächtigter des Erben bzw. als treuhänderischer Geschäftsinhaber bekommt, und zum andern ergibt sich nun die Frage, wie sich diese Rechtsstellung als Bevollmächtigter oder als treuhänderischer Geschäftsinhaber zu der eines Testamentsvollstreckers verhält.

Auf diese Problematik braucht hier an sich nicht im einzelnen eingegangen zu werden. Denn diese Untersuchung befaßt sich mit der Frage, ob der beiden Auffassungen gemeinsame Ausgangspunkt richtig ist, d.h. ob der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft tatsächlich nicht als solcher kraft seines Amtes fortführen kann, und für diese Untersuchung ist die gekennzeichnete Problematik an sich bedeutungslos. Dennoch seien einige Zweifel zur Begründung der hier vertretenen These, daß auch die vom BGH verwandte Formel das Problem nicht befriedigend löst, angedeutet:

Diese Zweifel betreffen, wie erwähnt, zunächst die Frage, wie dem Testamentsvollstrecker die ihm neben seinem Vollstreckeramt zugedachte

---

1) BGHZ 12, 100 (102).

2) BGH aaO; in der Literatur haben sich dem ausdrücklich angeschlossen Buchwald AcP 154, 22 (30); Holch DNotZ 1958, 282 (291); Baumbach-Duden § 1 Anm. 6 C. Im übrigen besteht über diesen Punkt in der Literatur noch viel Unklarheit.

Stellung als Bevollmächtigter des Erben oder als treuhänderischer Geschäftsinhaber eingeräumt werden kann. Was die Begründung der Vollmacht angeht, so ist zwar sicher, daß der Vollstrecker die Befugnis zur persönlichen Verpflichtung des Erben nicht auf dem Wege über die Testamentsvollstreckung[1] und nur unter Mitwirkung des Erben[2] erhalten kann; das bringt für den Erblasser aber bereits den Nachteil mit sich, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker nun nicht mehr unabhängig vom Willen des Erben durchgeführt werden kann. Während dieser nämlich auf die Anordnung der Testamentsvollstreckung keinen Einfluß hat und sich den mit ihr verbundenen Beschränkungen nur dadurch entziehen kann, daß er die Erbschaft ausschlägt, kann er nun, da seine Mitwirkung erforderlich ist, die Pläne des Erblassers vereiteln, indem er seine Mitwirkung verweigert. Zwar kann der Erblasser sich hiergegen sichern, indem er die Zuwendung an den Erben unter die Bedingung der Bevollmächtigung des Vollstreckers stellt oder indem er eine entsprechende Auflage macht (§§ 2075, 2192 ff BGB)[3] und den Widerruf der Vollmachtserteilung oder eine - bei der Vollmacht im Gegensatz zu § 2211 BGB mögliche - Nebenbetätigung des Erben mit dem Wegfall der Zu-

---

1) Durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann immer nur die Rechtsmacht zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß, nicht aber zur persönlichen Verpflichtung des Erben, verliehen werden (§ 2206 BGB). Das Gesetz läßt dem Erblasser zwar einen gewissen Spielraum, innerhalb dessen er die Aufgaben des Vollstreckers seinen Vorstellungen entsprechend ausgestalten kann (z.B. § 2207 Satz 1 BGB - Befreiung vom Erfordernis, daß Verbindlichkeiten nur im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung eingegangen werden dürfen - oder § 2208 BGB - Einschränkung der dem Vollstrecker normalerweise zustehenden Befugnisse); keinesfalls können die Aufgaben und Befugnisse des Vollstreckers jedoch über die vom Gesetz gezogenen Schranken hinaus erweitert werden: v. Staudinger-Dittmann Bem. 8 vor § 2197, § 2203 Anm. 3 und § 2208 Anm. 17; Kregel in RGRKomm. z. BGB § 2208 Anm. 4; Planck-Flad § 2203 Anm. 13 und § 2208 Anm. 6; Erman-Hense Bem. 3 vor § 2197.

2) BGHZ 12, 100 (103); v. Staudinger-Dittmann Bem. 66 vor § 2197 und § 2205 Anm. 60; Kipp-Coing § 125 III 2, S. 489; Hueck ZHR 108, 1 (30).

3) BGHZ aaO; v. Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 60; Kipp-Coing § 125 III 2 b, S. 489; Heintzenberg S. 53; Schneider-Zartmann S. 379; Donner DNotZ 1944, 143 (145); Holch DNotZ 1958, 282 (294); Baumbach-Duden § 1 Anm. 6 C.

wendung an den Erben verbindet[1]. Aber wenn er es unterlassen hat, derartige Anordnungen zu treffen, hat der Erbe es in der Hand, die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker unmöglich zu machen. Vielfach wird heute zwar angenommen, in der Ernennung des Testamentsvollstreckers für das Handelsgeschäft liege zugleich die Anordnung einer Bedingung oder Auflage, den Vollstrecker zu bevollmächtigen[2] Diese Auffassung ist jedoch bedenklich. Denn die Berechtigung des Vollstreckers zur persönlichen Verpflichtung des Erben geht über den Rahmen desjenigen hinaus, womit der Erblasser bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung normalerweise rechnen kann, und bei dieser Sachlage wird man schon besondere Anhaltspunkte für eine entsprechende Bedingung oder Auflage haben müssen. Das wird ohne weiteres deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß gerade die mit der Testamentsvollstreckung verbundene beschränkbare Haftung der Grund für deren Anordnung gewesen sein kann, etwa, weil der Erbe eigenes Vermögen hat, das der Haftung für die Geschäftsschulden nicht ausgesetzt sein soll.

Problematisch ist weiterhin, ob der Erbe in den Fällen, in denen ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß genommen ist (§ 2211 BGB), überhaupt noch befugt ist, Vollmacht zu seiner persönlichen Verpflichtung in Geschäften, die sich sachlich auf den Nachlaß beziehen, zu erteilen[3], und ob er, falls man das bejaht, eine derar-

---

1) Donner DNotZ 1944, 143 (149); Holch DNotZ 1958, 282 (296).

2) Kipp-Coing aaO; Weiler DNotZ 1952, 283 (296); Sommer DNotZ 1936, 937 (941). Vorsichtiger Johannsen L.-M. § 2216 Nr. 1, der betont, daß man hierzu höchstens im Wege der Testamentsauslegung gelangen könnte.

3) Die Frage dürfte zu bejahen sein. Denn der Erbe wird, wie wir sahen (s. o. Seite 44), durch die Vorschrift des § 2211 BGB nicht gehindert, sich in Geschäften, die den Nachlaß betreffen, persönlich zu verpflichten; er kann sich sogar zur Verfügung über Nachlaßgegenstände, die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegen, verpflichten (RG HRR 1929 Nr. 1833; RG Recht 1921, Nr. 1394; Kipp-Coing § 127 III, S. 501). Allerdings begründet er mit derartigen Verpflichtungen keine Nachlaß-, sondern lediglich Erbenschulden (§ 2214 BGB). Ist das aber richtig, so muß er auch bei bestehender Testamentsvollstreckung die Möglichkeit haben, einem Dritten die Vollmacht zu seiner persönlichen Verpflichtung in Geschäften, die sich sachlich auf den Nachlaß beziehen, zu erteilen. - Mit dieser Auffassung stehen auch die Entscheidungen nicht in Widerspruch, nach denen der Erbe bei bestehender Testamentsvollstreckung keine Prokura für das Handelsgeschäft erteilen kann (KG JFG 41, 75 (77); OLG München JFG 14, 428 (423); ihnen folgt Kipp-Coing § 127 Note 1).

tige Vollmacht auch dem ernannten Testamentsvollstrecker erteilen kann oder ob dieser auf Grund seiner Stellung aus dem Kreis der möglichen Bevollmächtigten der Erben ausscheidet[1]. Was schließlich die Frage angeht, wie der Testamentsvollstrecker die Stellung als treuhänderischer Geschäftsinhaber erhält, so ist fraglich, ob er dazu die Ermächtigung

---

Daß dem Erben diese Möglichkeit genommen ist, liegt nicht in seiner mangelnden Befugnis, Vollmacht zu seiner persönlichen Verpflichtung zu erteilen, sondern darin begründet, daß die Prokura "zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt" (§ 49 I HGB), und daß eine Beschränkung dieses Umfangs Dritten gegenüber unwirksam ist (§ 50 I HGB). Damit wäre der Prokurist also immer auch zur Vornahme von Verfügungen über Nachlaßgegenstände befähigt, die der Erbe bei bestehender Testamentsvollstrekkung selbst nicht vornehmen kann (§ 2211 BGB). Nur weil ihm diese Befugnis fehlt, nicht aber, weil er durch § 2211 BGB an der Erteilung der Vollmacht zu seiner persönlichen Verpflichtung gehindert wäre, kann der Erbe keine Prokura erteilen.

1) Diese Frage wurde in der Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Während das OLG München (JFG 14, 428 (433)) sie für die Generalvollmacht offenbar verneinen will, hat das Kammergericht die Ernennung des Testamentsvollstreckers zum gesetzlichen Vertreter des Erben für zulässig erachtet (vgl. für den Vormund KG KGJ 48, 141 (142), für den Pfleger KG JW 1935, 3558 Nr. 33). Das OLG München begründet seine ablehnende Meinung damit, daß der Erbe, wie allgemein anerkannt ist (vgl. z.B. RGZ 77, 177; 163, 57 (58); KG KGJ 33, 159 (163); 38, 129 (130); v. Staudinger-Dittmann § 2197 Anm. 19; Erman-Hense § 2197 Anm. 2; Kipp-Coing § 124 I 9 a, S. 484), nicht zugleich einziger Testamentsvollstrecker sein kann. Wenn das der Fall sei, so meint es, dann könne der Vollstrecker auch nicht gleichzeitig neben seinem Amt alle Befugnisse des Alleinerben haben. Demgegenüber wird auf der anderen Seite geltend gemacht, daß der Erbe dem Testamentsvollstrecker jede Befugnis erteilen kann, die er Dritten erteilen kann. Kann er aber überhaupt die Vollmacht zu seiner persönlichen Verpflichtung erteilen, so müsse er sie auch dem Testamentsvollstrekker erteilen können. - Die Frage dürfte im Sinne des Kammergerichts zu entscheiden sein. Die Ernennung des Alleinerben zum einzigen Testamentsvollstrecker ist deshalb unwirksam, weil sie zu dem wenig sinnvollen Ergebnis führen würde, daß sich der Erbe als der unbeschränkte Herr über den Nachlaß durch sich selbst - nämlich als sein eigener Vollstrecker - beschränkt. Wird hingegen eine andere Person als der Erbe zum Vollstrecker ernannt, so ist die Beschränkung des Erben sinnvoll. Sie bleibt es aber auch, wenn der Dritte zugleich Bevollmächtigter des Erben wird. Denn dann behält der Erbe seine durch die Testamentsvollstreckung beschränkte Erbenstellung, während der Vollstrecker durch die Stellung als Bevollmächtigter des Erben nicht zum Erben wird. Die Frage, ob der Testamentsvollstrecker zugleich Bevollmächtigter des Erben sein kann, hat mit derjenigen, ob der Alleinerbe sein eigener Vollstrecker sein kann, demnach nichts zu tun.

des Erblassers benötigt oder nicht[1]. Wer also mit der herrschenden Meinung annimmt, der Testamentsvollstrecker könne das Handelsgeschäft als Bevollmächtigter des Erben oder als treuhänderischer Geschäftsinhaber fortführen, muß zumindest darlegen, wie der Testamentsvollstrekker diese Rechtsstellung erhält.

Er muß sich aber, wenn er mit dem BGH das Fortbestehen der Testamentsvollstreckung bejaht, auch mit dem Verhältnis von Testamentsvollstrekkung und rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht bzw. treuhänderischer Geschäftsinhaberschaft auseinandersetzen. Das Zusammentreffen von Testamentsvollstreckung und Vollmacht ist deshalb problematisch, weil sich die dem Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht nach Art und Umfang nicht von derjenigen unterscheidet, die der Erbe einem beliebigen Dritten erteilt: sie verschafft dem Vollstrecker zwar die Befugnis zur persönlichen Verpflichtung des Erben, erweitert aber seine amtlichen Vollstreckerbefugnisse nicht[2]. Daraus ergibt sich, daß der Vollstrecker bei jedem Geschäft, das er für das Unternehmen tätigt, sowohl

---

1) Bejahend: Schlegelberger-Hildebrandt § 22 Anm. 8; verneinend: KG JW 1939, 104; v. Staudinger-Dittmann Bem. 65 vor § 2197.

2) Wenn es daher z.B. in BGHZ 12, 100 (103) heißt, es sei rechtlich möglich, "daß der Erblasser ..... den Erben verpflichten kann, dem Testamentsvollstrecker die Befugnis einzuräumen, auch über den Rahmen des § 2206 BGB hinaus persönliche Verpflichtungen für den Erben einzugehen", - vgl. auch die entsprechenden Formulierungen bei Erman-Hense § 2206 Anm. 3 -, so kann das nicht bedeuten, daß der Erbe damit dessen amtliche Vollstreckerbefugnisse auszudehnen in der Lage wäre. Denn so wenig der Erblasser die Befugnisse des Vollstreckers über die vom Gesetz gezogene Schranke hinaus erweitern kann, so wenig kann das der Erbe. Das Erbrecht ist ähnlich wie das Sachenrecht vom Typenzwang beherrscht; der Gesetzgeber stellt den Parteien bestimmte fest umrissene Institute zur Verfügung, von denen er gewisse Abweichungen zuläßt; die vollkommen freie Gestaltung ist den Parteien hingegen nicht möglich (vgl. dazu Coing in JZ 1958, 169). Im Recht der Testamentsvollstreckung gehört es zur gesetzlichen Ausformung der Stellung des Vollstreckers, daß dieser Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß eingehen kann (§§ 2206, 2207 BGB). Diese Beschränkung des Vollstreckers auf den Nachlaß ist ein begriffliches Merkmal der Testamentsvollstreckung. Beseitigt man sie, indem man den Erben für befugt erachtet, die amtliche Verpflichtungsmacht des Vollstreckers zu erweitern, so entfällt damit die Testamentsvollstreckung überhaupt (vgl. dazu auch KG JW 1937, 2599 (2600); v. Staudinger-Dittmann § 2203 Anm. 7; Haegele S. 21).

als solcher als auch in seiner Stellung als Bevollmächtigter des Erben handeln muß, wenn der Nachlaß und das Erbenvermögen verpflichtet werden sollen. Wird er nur als Bevollmächtigter tätig, so wird der Erbe auch nur persönlich verpflichtet, da die Vollmacht nicht zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß berechtigt (§ 2214 BGB); tritt der Vollstrecker hingegen nur als solcher auf, so wird der Erbe wegen § 2206 BGB persönlich nicht verpflichtet[1]. Nun ist zwar anerkannt, daß ein Vertreter dieselbe Verbindlichkeit zugleich für sich und als Vertreter für den Vertretenen begründen kann[2], und man wird diesen Grundsatz auf die Testamentsvollstreckung entsprechend anwenden können; aber die Problematik des Verhältnisses von Testamentsvollstreckung und Bevollmächtigung liegt nicht nur darin, ob der Testamentsvollstrecker dieselbe Verbindlichkeit zugleich als Bevollmächtigter des Erben und als Testamentsvollstrecker begründen kann, sondern auch darin, wie sichergestellt wird, daß der Testamentsvollstrecker nur Nachlaß-Erbenschulden für das Handelsgeschäft begründet. Denn das Interesse des Handelsverkehrs erfordert, daß der Erbe in jedem Fall und nicht nur dann, wenn der Testamentsvollstrecker eine Geschäftsschuld gerade einmal als Vollstrecker und als Bevollmächtigter des Erben eingeht, mit beiden

---

1) Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Fällen, in denen der Erbe die neuen Geschäftsschulden selbst eingeht. Daß der Erbe nach der herrschenden Meinung eine Nachlaß-Erbenschuld schon dann begründet, wenn die eingegangene Verbindlichkeit objektiv zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses erforderlich ist, m.a.W. daß er sein Handeln für den Nachlaß nicht erkenntlich machen muß (s.o. Seite 32 Fußnote 3), liegt darin begründet, daß er auf Grund seiner Stellung als Erbe generell die Befugnis besitzt, den Nachlaß und sein Eigenvermögen zu verwalten und damit auch zu verpflichten. Auf den Testamentsvollstrecker können diese Grundsätze jedoch nicht angewendet werden. Denn dieser besitzt als Testamentsvollstrecker nur die Befugnis, den Nachlaß zu verpflichten, während ihm die Vollmacht lediglich das Recht zur persönlichen Verpflichtung des Erben, nicht aber auch des Nachlasses gibt. Damit muß er, um den Nachlaß zu verpflichten, als Testamentsvollstrecker, und um den Erben persönlich zu verpflichten, als Bevollmächtigter tätig werden. § 164 I 2 BGB dürfte keine Abhilfe schaffen, da die Umstände bei der Testamentsvollstreckung gerade nicht dafür sprechen, daß der Testamentsvollstrecker für den Erben persönlich auftritt.

2) RGZ 61, 343 (347); 71, 219; 75, 1 (3); 127, 103 (105); RG JW 1931, 1028 (1029) mit Anmerkung von Elze; v. Staudinger-Coing § 164 Anm. 9; Dölle S. 271.

Vermögensmassen haftet[1].

Dieses Problem ergibt sich nicht nur bei der Bevollmächtigung des Vollstreckers, sondern auch, wenn er die Stellung als treuhänderischer Geschäftsinhaber erhält. Auch dann muß sichergestellt sein, daß jede einzelne Geschäftsschuld Nachlaß- und Eigenschuld - und zwar hier Eigenschuld des Testamentsvollstreckers - wird. Die besondere Problematik dieser Konstruktion liegt jedoch in der Ausgestaltung des Innenverhältnisses zum Erben. Denn der Testamentsvollstrecker dürfte zur Übernahme der eigenen persönlichen Haftung für die - wirtschaftlich fremden - Geschäftsschulden regelmäßig nur bereit sein, wenn er die Gewißheit hat, im Notfalle von seiner persönlichen Haftung freigestellt zu werden bzw. Ersatz für seine Aufwendungen zu bekommen[2].

Diese Ausführungen zeigen, daß die herrschende Ansicht mit einer Fülle von Zweifelsfragen verbunden ist. Damit ist es umso notwendiger zu überprüfen, ob ihr Ausgangspunkt richtig ist, d.h. ob der Testaments-

---

1) Der Erbe müßte die Vollmacht zu seiner persönlichen Verpflichtung dahingehend begrenzen, daß sie nur bei gleichzeitigem Abschluß einer Nachlaßschuld gelten soll; der Erblasser müßte die Befugnis des Testamentsvollstreckers zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß davon abhängig machen, daß gleichzeitig die persönliche Verpflichtung des Erben begründet wird (§ 2208 I BGB). Problematisch ist aber, ob eine derartige Verkoppelung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers nicht doch eine - unzulässige - Umgehung der Vorschriften der §§ 2206 und 2214 BGB enthält.

2) Daß der Testamentsvollstrecker überhaupt die Freistellung von der persönlichen Haftung bzw. den Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, wird allgemein angenommen (vgl. BGHZ 12, 100 (104); v. Staudinger-Dittmann Bem. 65 vor § 2197 und § 2205 Anm. 59; Schneider-Zartmann S. 379; Heintzenberg S. 54; Hueck ZHR 108, 1 (28); Donner DNotZ 1944, 143). -

Da der Nachlaß für die Geschäftsschulden, die der Testamentsvollstrecker in seiner amtlichen Stellung begründet, aber ohnehin bereits haftet (§ 2206 BGB) und der Testamentsvollstrecker diese Schulden von sich aus mit Mitteln des Nachlasses berichtigen kann (KG JW 1937, 475 (476); v. Staudinger-Dittmann § 2218 Anm. 27), hat der Freistellungs- oder Ersatzanspruch für den Vollstrecker nur dann einen praktischen Wert, wenn der Erbe hierfür persönlich haftet. Ob das der Fall ist, erscheint zweifelhaft. Die Frage ist bisher nur spärlich behandelt: für persönliche Haftung Erman-Bartholomeyczik § 1967 Anm. 8 b; Holch DNotZ 1958, 282 (292); dagegen Heintzenberg S. 54; Weiler DNotZ 1952, 283 (295 Fußnote 39). Die Zweifel beruhen vor allem darauf, daß der Aufwendungsersatzanspruch des Testamentsvollstreckers nach §§ 2218, 670 BGB Nachlaßschuld ist, für die der Erbe beschränkbar haftet (h.M. vgl. z.B. v. Staudinger-Dittmann § 2218 Anm. 27; Planck-Flad § 2218 Anm. 4 d; Kipp-Coing § 130 IV 3, S. 513; Siber JherJb. 67, 81 (147)). Bei dieser Sachlage ist nicht zu erkennen, wie die persönliche Haftung des Erben begründet werden soll.

vollstrecker das Handelsgeschäft tatsächlich nicht als solcher fortführen kann. Das Reichsgericht führt dazu grundlegend aus[1]:

"Die Testamentsvollstrecker können ....., soweit ihnen diese Befugnis vom Erblasser eingeräumt ist, Verbindlichkeiten immer nur mit Wirkung für den Nachlaß eingehen, nicht aber darüber hinaus den Erben schlechthin persönlich verpflichten. Faßt man diese Rechtsgestaltung ins Auge, so würde die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker, die zeitlich je nach dem Willen des Erblassers sich u.U. im Hinblick auf §§ 2209, 2210 BGB auf viele Jahrzehnte erstrecken könnte, auf die Führung eines Handelsgeschäfts m.b.H. hinauslaufen. Ein solcher Zustand wäre aber völlig unvereinbar mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs wie auch mit den §§ 22, 27 HGB. Bei dem Widerstreit der bürgerlichrechtlichen Vorschriften (§§ 2197 flg. BGB) mit den handelsrechtlichen über Firmenführung und Haftung für Geschäftsschulden müssen aber in aller Regel die ersteren zurücktreten, wie es auch Art. 2 EGHGB vorsieht. Dem Erblasser ist nicht die Macht gegeben (auch nicht auf dem Umweg über die Anordnung einer Testamentsvollstreckung mit selbständiger Verwaltung), das bisher von ihm betriebene Handelsgeschäft in der Person seines Erben oder seiner mehreren Erben zu einem Unternehmen m.b.H. zu gestalten. Soll dies der Fall sein, so müssen die vom Gesetz hierfür zur Verfügung gestellten besonderen Rechtsformen benutzt werden (z.B. KG, GmbH)."

Die herrschende Meinung wird also in doppelter Weise begründet: einmal verstoße die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker gegen die Vorschriften der §§ 22 und 27 HGB, und zum andern sei sie mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs nicht vereinbar, da sie auf die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung hinauslaufe.

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich nur mit den haftungsrechtlichen Fragen. Insoweit ist also zu prüfen, ob die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker gegen die Vorschrift des § 27 HGB verstößt (s.u. Kapitel 2) oder ob sie mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs völlig unvereinbar ist (s.u. Kapitel 3).

---

1) RGZ 132, 138 (144).

2. Kapitel: Die Vereinbarkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker mit den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB

§ 27 I HGB bestimmt: "Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung". Danach - und das verdient in diesem Zusammenhang hervorgehoben zu werden - kommen die Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB nicht bei jeder Fortführung des Handelsgeschäfts, sondern nur dann zur Anwendung, wenn das Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt wird. Daß diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, wenn das Handelsgeschäft von dem Testamentsvollstrecker fortgeführt wird, wird heute allgemein angenommen[1].

Goldschmit[2] und Wurm[3] haben nun bereits darauf aufmerksam gemacht, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrekker dann auch nicht gegen die Vorschrift des § 27 HGB verstoßen kann. Nimmt man nämlich an, daß § 27 HGB den Eintritt der handelsrechtlichen Haftung von der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Erben abhängig macht, daß diese Vorschrift auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker aber nicht anwendbar ist, dann, so argumentieren sie, kann diese Vorschrift auch nicht gegen die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker sprechen; aus anderen Vorschriften oder Grundsätzen, so muß man ergänzen, kann sich dann zwar immer noch ergeben, daß der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft nicht als solcher fortführen kann, die Vorschrift des § 27 HGB steht dem jedoch nicht entgegen.

Diesen Gedankengängen ist zuzustimmen. Soll § 27 HGB der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker entgegenstehen, so müssen drei Voraussetzungen erfüllt sein: dann muß § 27 HGB auf die

---

1) RGZ 132, 138 (144); KG JW 1937, 2599; Schlegelberger-Hildebrandt § 27 Anm. 4; Staub-Bondi § 27 Anm. 33; Düringer-Hachenburg § 27 Anm. 2; Würdinger in RGRKomm. z. HGB § 27 Anm. 4; Bolte ZHR 51, 413 (425); Goldschmit JW 1931, 3058; Wurm S. 29, 33 und Fußnoten 95 bis 97; Krabbenhöft Rpfleger 1957, 158 (162); a.A. Pisko S. 257 Anm. 31 ohne Begründung und neuerdings Baumbach-Duden § 27 Anm. 1 A, die sich zu Unrecht auf RGZ 132, 138 berufen.

2) aaO S. 3059.

3) aaO S. 55.

Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker - un
mittelbar oder entsprechend - anwendbar sein; dann müssen auch die vom
Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden unter diese Vor-
schrift fallen, und dann muß schließlich die sich nach § 27 HGB erge-
bende handelsrechtliche Haftung keinen Fall beschränkbarer Inhaberhaf-
tung kennen.

Bereits das Vorliegen der ersten Voraussetzung - Anwendbarkeit des § 2
HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvoll-
strecker - wird überwiegend verneint. Das schließt es aber aus, diese
Bestimmung zur Begründung der herrschenden Meinung überhaupt noch her-
anzuziehen. Nur wenn das Reichsgericht die - unmittelbare oder ent-
sprechende - Anwendbarkeit des § 27 HGB bejaht hätte, was jedoch in
derselben Entscheidung, die die Bestimmung des § 27 HGB heranzieht, ei
nige Sätze vorher ausdrücklich verneint wird[1], hätte es sich dieser
Vorschrift zur Begründung seiner Auffassung bedienen können. So aber
begeht es den gedanklichen Fehler, eine Vorschrift, deren Anwendbarkei
auf das zu entscheidende Problem verneint wird, zur Begründung einer
bestimmten Entscheidung dieses Problems heranzuziehen.

Wir halten also fest: Voraussetzung dafür, daß die Fortführung des Han
delsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker gegen § 27 HGB verstößt
ist die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf den Testamentsvollstrecker

Bei dieser Sachlage ergibt sich die Frage, ob die Fortführung des Han-
delsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker gegen andere handels-
rechtliche Vorschriften verstößt. Zu denken wäre hierbei namentlich an
die Bestimmung des § 25 HGB. Danach haftet derjenige, der ein unter Le
benden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführt
für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des
früheren Geschäftsinhabers persönlich. Schon ein flüchtiges Lesen die-
ser Bestimmung zeigt indessen, daß sie auf den Fall der Fortführung ei
nes in einem Nachlasse befindlichen Handelsgeschäfts durch einen Testa
mentsvollstrecker nicht unmittelbar anwendbar ist; denn das Handelsge-

---

1) RGZ 132, 138 (144 oben); das übersehen Baumbach-Duden § 27 Anm. 1 A

2) Im Ergebnis wohl auch Baumbach-Duden aaO, die wahrscheinlich richtig gespürt haben, daß die Anwendung des § 27 HGB auf die Geschäftsfort-führung durch den Vollstrecker die erste Voraussetzung für die Argu-mentation der herrschenden Meinung sein muß, und die Entscheidung des Reichsgerichts deshalb so verstanden haben, als gälte § 27 HGB auch für den Testamentsvollstrecker. Das Reichsgericht stellt jedoch ausdrücklich die gegenteilige Behauptung auf.

schäft wird nicht "unter Lebenden erworben"[1]. Damit ergibt sich aus demselben Grunde wie bei § 27 HGB, daß die Vorschrift des § 25 HGB zumindest in ihrer unmittelbaren Anwendung nicht gegen die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker spricht.

Dieses Ergebnis ergibt sich zwangsläufig, wenn man, wie es die herrschende Meinung tut, die Anwendbarkeit der §§ 25 und 27 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker verneint. Nun könnte man allerdings die von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung vertreten, den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB liege der Gedanke zugrunde, daß jede Fortführung eines Handelsgeschäfts durch einen Dritten, mag sie durch den Geschäftsinhaber selbst, einen Vertreter oder einen Verwalter (Testamentsvollstrecker) erfolgen und mag das Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erworben sein, die handelsrechtliche Haftung auslöst[2]. Auch dann fragt es sich aber, ob die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker mit den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB unvereinbar ist.

Das Reichsgericht, das diese Frage wegen der seiner Ansicht nach bestehenden Unanwendbarkeit der §§ 25, 27 HGB, wie erwähnt, gar nicht hätte erörtern dürfen, bejaht sie, "da der Testamentsvollstrecker immer nur Nachlaßverbindlichkeiten eingehen könne". Auch diese Auffassung hält jedoch näherer Untersuchung nicht stand. Einerseits fragt es sich nämlich, ob die Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB auch für die vom Testamentsvollstrecker neu begründeten Geschäftsschulden gelten (a), und zum andern ist zweifelhaft, ob die bei der Testamentsvollstreckung ge-

---

1) Bei Schlegelberger-Hildebrandt § 27 Anm. 4 findet sich allerdings die Auffassung, daß die Fälle, in denen nicht der Erbe, sondern der Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger oder Nachlaßverwalter das Handelsgeschäft unter eigenem Namen fortführen, unmittelbar durch § 25 HGB erfaßt werden, allerdings mit der Einschränkung, daß das nur gelte, soweit die wirksame Weiterführung des Handelsgeschäfts möglich ist, was "bei der Testamentsvollstreckung durchaus zu Zweifeln Anlaß gibt". - Richtiger Ansicht nach kann es sich hierbei jedoch nicht um eine unmittelbare, sondern nur um eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 25 HGB handeln. Siehe dazu das Folgende im Text.

2) In diesem Sinne dürfte wohl Schlegelberger-Hildebrandt aaO zu verstehen sein.

gebene Haftung mit der handelsrechtlichen Haftung der §§ 25, 27 HGB inhaltlich unvereinbar ist (b).

a) Selbst wenn man der Auffassung ist, daß jede Geschäftsfortführung, also auch die durch den Testamentsvollstrecker, die handelsrechtliche Haftung auslöst, so besagt das nicht, daß die handelsrechtliche Haftung auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden eintritt. Es wäre z.B. denkbar, daß die §§ 25 und 27 HGB trotzdem nur für die vom Erblasser herrührenden Geschäftsschulden gelten. Würde man nun davon ausgehen, daß die Geschäftsfortführung durch den Testamentsvollstrecker zwar die handelsrechtliche Haftung für die Erblasserschulden auslöst, daß die §§ 25 und 27 HGB aber nicht für die vom Testamentsvollstrecker selbst begründeten Geschäftsschulden gelten, so könnte nicht geltend gemacht werden, die mit der Testamentsvollstreckung verbundene beschränkbare Haftung verstoße gegen die §§ 25 und 27 HGB. Denn dann würden diese Schulden durch diese Vorschriften überhaupt nicht getroffen. Auch insoweit gilt also der Satz, daß ein Verstoß gegen die handelsrechtliche Haftung überhaupt nur gegeben sein kann, wenn die §§ 25 und 27 HGB auch für die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden gelten.

Soll sich aus den Bestimmungen der §§ 25 und 27 HGB demnach ergeben, daß der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft aus haftungsrechtlichen Gründen nicht als solcher fortführen kann, so müssen beide Voraussetzungen vorliegen: dann genügt es nicht, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker unter diese Bestimmungen fällt, sondern dann müssen diese auch für die von ihm begründeten Geschäftsschulden gelten.

Letzteres ist aber durchaus problematisch. Nach § 25 I 1 HGB bezieht sich die handelsrechtliche Haftung nämlich nur auf die "im Betrieb des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers", also auf die Erblasserschulden. Zu diesen können die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden sicher nicht gerechnet werden. Fraglich ist, ob sie wenigstens zu den "früheren Geschäftsverbindlichkeiten" des § 27 HGB gezählt werden können. Während einige Autoren die Auffassung vertreten, die Begriffe "frühere Geschäftsverbindlichkeiten" und "Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Geschäftsinhabers" seien identisch[1], meinen andere, daß zwischen ihnen ein sachlicher

1) Schulteß S. 10; Meyer S. 16.

Unterschied besteht[1]: die Abweichung im Ausdruck sei nicht belanglos, sondern berücksichtige die besonderen Verhältnisse bei der Vererbung des Handelsgeschäfts. Während sich beim Übergang des Handelsgeschäfts unter Lebenden die Tätigkeit des Erwerbers unmittelbar an die des Veräußerers anschließe und deshalb nur Geschäftsschulden des früheren oder des neuen Geschäftsinhabers vorhanden sein könnten, schiebe sich beim Erbgang zwischen die Verwaltung des Erblassers und die des Erben mitunter die Tätigkeit der Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter, Nachlaßpfleger und Testamentsvollstrecker. Deshalb treffe der Erbe bei der Übernahme des Handelsgeschäfts in die eigene Verwaltung sowohl auf Erblasserschulden als auch auf solche Schulden, die diese Personen bei der Ausübung ihres Amts begründet haben. Mit der unterschiedlichen Formulierung in § 25 und § 27 HGB bringe das Gesetz zum Ausdruck, daß die handelsrechtliche Haftung sich auch auf diese Schulden erstrecken solle.

Soweit die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Erben zur Debatte steht, wird man diese Auffassung für sinnvoll halten müssen. Wendet man diese Grundsätze aber auf den vorliegenden Fall an, so ergibt sich eine eigenartige Konstellation. Da die handelsrechtliche Haftung dann ja bereits durch die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker ausgelöst wird, müßten die vom Testamentsvollstrecker erst zukünftig zu begründenden Geschäftsschulden als "frühere Geschäftsverbindlichkeiten" im Sinne von § 27 I HGB angesprochen werden. Dieser Widerspruch läßt sich nur vermeiden, wenn man es ablehnt, die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker der durch den Erben gleichzusetzen, oder wenn man sie zwar gleichsetzt, die §§ 25 und 27 HGB aber nicht auf die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden anwendet; in beiden Fällen verstößt die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker jedoch nicht gegen die Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB.

b) Die Auffassung, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker gegen die §§ 25 und 27 HGB verstößt, führt also in erhebliche Schwierigkeiten. Sie setzt einmal voraus, daß man im Gegensatz zur herrschenden Meinung die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen auf die Geschäftsfortführung durch den Testamentsvollstrecker bejaht, und bedingt zum andern, daß man die vom Testamentsvollstrecker erst zukünftig zu begründenden Geschäftsschulden als "frühere" Geschäftsschulden nach § 27 HGB anspricht. Selbst wenn man sich jedoch über

1) Wurm S. 42; Pinner S. 96; Bolte ZHR 51, 413 (444).

diese Schwierigkeiten hinwegsetzt und die §§ 25 und 27 HGB in jeder Beziehung auf die Testamentsvollstreckung anwendet, ergibt sich der von der herrschenden Meinung angenommene Verstoß der Testamentsvollstreckung gegen diese Bestimmungen nicht. Denn die mit der Testamentsvollstreckung verbundene beschränkbare Haftung ist ihrem Inhalt nach zumindest teilweise mit der handelsrechtlichen Haftung der §§ 25 und 27 HGB vereinbar. Zwar trifft es zu, daß der Testamentsvollstrecker nur Nachlaßschulden eingehen kann. Handelsrechtliche Haftung nach §§ 25, 27 HGB ist jedoch nicht gleichbedeutend mit endgültig unbeschränkter Inhaberhaftung. Es gibt vielmehr auch bei Anwendung der §§ 25 und 27 HGB Fälle, in denen der Geschäftsinhaber nur beschränkbar haftet. Für den Eintritt der handelsrechtlichen Haftung ist nämlich entscheidend, wie das Handelsgeschäft fortgeführt wird, ob unter der alten oder unter neuer Firma (§ 25 I 1, III HGB), ob unter Eintragung und Bekanntmachung oder Mitteilung einer abweichenden Haftungsvereinbarung oder ohne eine derartige Maßnahme (§ 25 II HGB). Nur wenn das Handelsgeschäft unter der alten Firma fortgeführt und keine abweichende Haftungsvereinbarung in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder den Gläubigern mitgeteilt wird, haftet der Erwerber endgültig unbeschränkt; in den übrigen Fällen bleibt jedoch eine beschränkbare Haftung möglich.

Nun ist nicht zu leugnen, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker im Falle des § 25 I 1 HGB (unter der alten Firma ohne abweichende Haftungsvereinbarung) tatsächlich zu erheblichen Schwierigkeiten führt. Nimmt man nämlich an, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker die handelsrechtliche Haftung allgemein auslöst und die §§ 25 und 27 HGB auch für die vom Vollstrecker begründeten bzw. zu begründenden Geschäftsschulden gelten, so ergibt sich der von der herrschenden Meinung hervorgehobene Widerspruch zwischen den erbrechtlichen und den handelsrechtlichen Vorschriften hier in der Tat: der Vollstrecker kann nur Nachlaßschulden begründen, für die der Erbe u.U. beschränkt haftet (§ 2206 BGB), während § 25 I 1 HGB die unbeschränkte Haftung verlangt.

In den beiden anderen Fällen des § 25 HGB besteht dieser Widerspruch jedoch nicht. Denn dann haftet der Geschäftsinhaber auch nach Handelsrecht beschränkbar. Das ist völlig unproblematisch, wenn das Handelsgeschäft unter einer neuen Firma fortgeführt wird; hier haftet der Er-

be nach §§ 27 I, 25 III HGB nur nach erbrechtlichen Bestimmungen. Rechnet man also die vom Testamentsvollstrecker neu zu begründenden Geschäftsschulden zu den "früheren Geschäftsverbindlichkeiten" des § 27 HGB, so gilt für sie ebenfalls die Vorschrift des § 25 III HGB, d.h.: auch das Handelsrecht begnügt sich dann bei der Fortführung des Geschäfts durch den Vollstrecker mit der erbrechtlichen Haftung. - Gewisse Zweifel bestehen nur, wenn das Handelsgeschäft unter der alten Firma, aber unter Eintragung und Bekanntmachung einer "abweichenden Vereinbarung" über die Haftung fortgeführt wird (§ 25 II HGB). Es ist nämlich umstritten, ob die Vorschrift des § 25 II HGB auf den Erwerb des Handelsgeschäfts von Todes wegen (§ 27 I HGB) anwendbar ist[1]. Einer Entscheidung dieser Streitfrage bedarf es hier nicht. Nimmt man nämlich entgegen dem Wortlaut der §§ 25 und 27 HGB an, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker die handelsrechtliche Haftung zur Folge hat, so kann eine derartige Auffassung nur damit begründet werden, daß man die Bestimmungen der §§ 25 und 27 HGB als Ausdruck des gesetzlichen Grundgedankens ansieht, daß jede Fortführung des Handelsgeschäfts unter alter Firma mit handelsrechtlicher Haftung verbunden ist; die entsprechende Anwendung dieser Bestimmungen auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrekker würde also im Wege der Rechtsanalogie und nicht der Gesetzesanalogie erfolgen. Damit wäre aber auch die Vorschrift des § 25 II HGB anwendbar, ohne daß es darauf ankäme, ob diese Bestimmung in den Fällen des § 27 HGB angewandt werden kann oder nicht. Selbst wenn man also annimmt, daß bereits die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker die handelsrechtliche Haftung nach §§ 25, 27 HGB auslöst und daß diese Vorschriften auch für die vom Testamentsvollstrekker neu zu begründenden Geschäftsschulden gelten, verstößt die Geschäftsfortführung unter alter Firma nicht gegen die §§ 25, 27 HGB, sofern der Bestimmung des § 25 II HGB Genüge getan wird.

Damit ist die Geschäftsfortführung durch den Testamentsvollstrecker mit den §§ 25 und 27 HGB sowohl dann vereinbar, wenn das Handelsgeschäft unter einer neuen Firma, als auch dann, wenn es unter der alten Firma fortgeführt, jedoch eingetragen und bekanntgemacht bzw. mitgeteilt

---

1) Die herrschende Meinung bejaht die Anwendbarkeit: vgl. KG JFG 22, 70; v. Staudinger-Lehmann Bem. 19 vor § 1967; Erman-Bartholomeyczik § 1967 Anm. 8 a γ; Staub-Bondi § 27 Anm. 11; Würdinger in RGRK z. HGB § 27 Anm. 5; Baumbach-Duden § 27 Anm. 1 C; Hueck ZHK 108, 1 (6 ff); a.A. Müller-Erzbach S. 83; Schlegelberger-Hildebrandt § 27 Anm. 14.

wird, daß der Erbe für die "früheren Geschäftsschulden", zu denen in diesem Falle auch die vom Testamentsvollstrecker erst noch zu begründenden Geschäftsschulden rechnen, persönlich nicht haftet.

Zusammenfassend ist zu dem Einwand des Reichsgerichts, die Fortführung des Handelsgeschafts durch den Testamentsvollstrecker verstoße gegen die Vorschrift des § 27 HGB, demnach folgendes zu sagen:

1) Nur wenn die Bestimmungen des § 27 und des § 25 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker - unmittelbar oder entsprechend - angewandt werden, kann diese mit ihnen unvereinbar sein.

2) Da das Reichsgericht und die herrschende Lehre die Anwendbarkeit dieser Bestimmungen ablehnen, können sie sich zur Begründung ihrer Auffassung, daß der Testamentsvollstrecker das Handelsgeschäft nicht als solcher fortführen kann, nicht auf diese Bestimmungen stützen.

3) Bejaht man entgegen der herrschenden Meinung die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 25 und 27 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker, so kann diese mit ihnen nur unvereinbar sein, wenn die §§ 25 und 27 HGB auch für die vom Testamentsvollstrecker neu zu begründenden Geschäftsschulden gelten.

   Nimmt man dagegen an, daß die vom Testamentsvollstrecker begründeten neuen Geschäftsschulden trotzdem nicht unter die §§ 25 und 27 HGB fallen, so kann die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker nicht gegen diese Vorschriften verstoßen.

4) Auch unter der Voraussetzung, daß die Geschäftsfortführung durch den Vollstrecker die handelsrechtliche Haftung nach §§ 25 und 27 HGB auslöst und daß die vom Testamentsvollstrecker neu zu begründenden Geschäftsschulden unter diese Vorschriften fallen, verstößt die Fortführung des Geschäfts durch den Vollstrecker nicht gegen die handelsrechtliche Haftung, wenn entweder

   a) das Handelsgeschäft unter einer neuen Firma fortgeführt wird (§ 25 III HGB) oder

   b) der Vorschrift des § 25 II HGB Genüge getan wird.

Der Fortführung des Geschäfts unter neuer Firma stehen die §§ 25 und 27 HGB demnach überhaupt nicht entgegen; bei der Fortführung des Handelsgeschäfts unter der alten Firma können im Hinblick auf die §§ 25

und 27 HGB nur noch darüber Meinungsverschiedenheiten bestehen, ob der Erbe den Ausschluß seiner persönlichen Haftung nach § 25 II HGB bekanntmachen muß oder nicht. Verneint man mit der herrschenden Meinung die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 25 und 27 HGB auf die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker, so kann dieser das Handelsgeschäft fortführen, ohne daß es einer Maßnahme nach § 25 II HGB bedürfte; andernfalls bedarf es einer solchen Maßnahme. Daß der Vollstrecker das Handelsgeschäft überhaupt nicht als solcher fortführen könnte, folgt aus den §§ 25 und 27 HGB in keinem Falle.

3. Kapitel: Die Vereinbarkeit der Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs

Ist damit dargetan, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker nicht gegen die Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB verstößt, so bleibt zu untersuchen, ob der zweite Einwand des Reichsgerichts stichhaltig ist, d.h. ob die Geschäftsfortführung durch den Vollstrecker mit den Bedürfnissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs völlig unvereinbar ist. Dazu bedarf es zunächst der Klärung, was unter dem Begriff "Bedürfnisse eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs" zu verstehen ist. Es erscheint fast überflüssig, darauf hinzuweisen, daß dieser Begriff von dem des "Interesses der Geschäftsgläubiger" streng zu scheiden ist; denn nicht alles, was dem Interesse der Geschäftsgläubiger entspricht, ist deshalb auch für einen geordneten und sicheren Handelsverkehr erforderlich. Dennoch mag dieser Hinweis hier erlaubt sein, da der Unterschied zwischen den beiden Begriffen in der bisherigen Behandlung des Themas nicht genügend beachtet wurde, obwohl er von großer Bedeutung ist.

Das Reichsgericht sieht den Verstoß gegen die Anforderungen des Handelsverkehrs darin, daß die Geschäftsfortführung durch den Testamentsvollstrecker "auf die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung" hinausläuft. Es nimmt also an, daß der Handelsverkehr die persönliche Haftung erfordert, sofern nicht eine KG oder GmbH gegründet wird, m.a.W. daß jede Rechtsgestaltung, bei der der Erbe für die Geschäftsschulden nur beschränkbar haftet, mit den Erfordernissen des Handelsverkehrs unvereinbar und damit unzulässig ist. Nun ist nicht zu

leugnen, daß die persönliche Haftung des Erben dem Interesse der Geschäftsgläubiger entspricht. Das besagt jedoch nicht, daß dieses Interesse auch schutzwürdig ist, d.h. daß der Erbe nicht auch beschränkbar haften könnte, ohne gegen die Anforderungen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs zu verstoßen. Das Reichsgericht begründet seinen Standpunkt, der Erbe müsse unbeschränkbar haften, nicht, sondern geht stillschweigend davon aus, daß die beschränkte Inhaberhaftung beim einzelkaufmannischen Unternehmen schlechthin ausgeschlossen ist. Wenn es nämlich ausführt, der Testamentsvollstrecker könne das Handelsgeschäft nicht als solcher fortführen, weil das auf die Führung eines Handelsgeschafts mit beschränkter Haftung hinauslaufe, so besagt das eben nur: Das Handelsrecht macht die persönliche Haftung des Erben erforderlich, eine Rechtsgestaltung, bei der der Erbe nur beschränkbar haftet, ist mit den Erfordernissen eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs unvereinbar. Warum das so ist, d.h. warum der Erbe als Inhaber eines einzelkaufmännischen Unternehmens nicht doch auch beschränkbar haften könnte, bleibt unbegründet.

Gerade dieser Ausgangspunkt ist jedoch problematisch, und es ist zu fragen, ob das Handelsrecht tatsächlich von dem Grundsatz beherrscht ist, daß der Erbe als Inhaber eines einzelkaufmännischen Unternehmens für die neuen Geschäftsschulden in jedem Fall unbeschränkt haften muß. Die Frage ist zu verneinen: Weder das Gesetz noch allgemeine handelsrechtliche Gesichtspunkte zwingen zu dieser Annahme. Das Gesetz selbst schweigt zu dieser Frage. Es gibt aber auch keinen allgemeinen handelsrechtlichen Grundsatz dieses Inhalts. Ein solcher läßt sich insbesondere nicht aus den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB entnehmen. Das Kammergericht[1] meint zwar, aus der Tatsache, daß die §§ 25 und 27 HGB die erbrechtliche Haftung für die alten Geschäftsschulden ausschlössen, müsse man folgern, daß die Haftung für die neuen Geschäftsschulden dann erst recht endgültig unbeschränkt sein müsse. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Das Kammergericht übersieht nämlich, daß die §§ 25 und 27 HGB die erbrechtliche Haftung nicht in jedem Fall ausschließen, sondern in den Fällen des § 25 II und des § 25 III HGB bestehen lassen. Ist das aber der Fall, so kann man nicht sagen, der Erbe müsse für die neuen Geschäftsschulden "erst recht" persönlich haften. Den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB liegt, wie heute allgemein anerkannt ist[2],

1) KG JW 1937, 2599 Nr. 38.

2) RGZ 149, 25 (28) mit Hinweisen auf die ältere Rechtsprechung, BGHZ

keineswegs der Gedanke zugrunde, daß jede Geschäftsinhaberschaft zwangsläufig mit unbeschränkter persönlicher Haftung verbunden sei und daß deshalb jeder Rechtszustand, bei dem diese unbeschränkte Haftung nicht eintritt, mit dem Handelsrecht unvereinbar sei; vielmehr soll mit diesen Bestimmungen der im Verkehr vorherrschenden Auffassung Rechnung getragen werden, nach der die Firma als Trägerin der Rechte und Pflichten des Handelsgeschäfts angesehen wird; weil der Verkehr bei der Fortführung des Handelsgeschäfts unter der alten Firma davon ausgeht, der Erwerber habe die Geschäftsschulden des früheren Geschäftsinhabers übernommen, haftet auch der Erbe für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten persönlich, wenn er das Geschäft selbst unter der alten Firma fortführt. Das schließt es jedoch nicht aus, daß er unter bestimmten Voraussetzungen nur beschränkbar haftet. Man mag die Bestimmungen der §§ 25 und 27 HGB auf jede Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens und nicht nur auf die durch den Erben anwenden und weiterhin annehmen, daß die neuen Geschäftsschulden des Testamentsvollstreckers ebenfalls "frühere Geschäftsverbindlichkeiten" im Sinne von § 27 I HGB sind; auch das führt jedoch nicht dazu, daß der Erbe in jedem Fall unbeschränkt haften müßte; vielmehr kann er auch dann unter den Voraussetzungen der §§ 25 II und 25 III HGB die Haftung auf den Nachlaß beschränken, solange ihm diese Möglichkeit nach anderen Bestimmungen - hier § 2206 BGB - gegeben ist. Aus den Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB folgt demnach nicht, daß der Erbe für die neuen Geschäftsschulden immer unbeschränkt haften müßte.

Nun findet sich in der Literatur zu § 27 HGB gleichwohl vielfach der Satz, daß der Erbe für die neuen Geschäftsschulden persönlich haftet[1]. Auch dieser Satz ist mit der hier vertretenen Auffassung jedoch durchaus vereinbar. Er bedeutet nämlich nicht, daß der Erbe wegen spezieller handelsrechtlicher Vorschriften oder Grundsätze für die neuen Geschäftsschulden unbeschränkt haften müßte, sondern erklärt sich aus der das gesamte Zivilrecht beherrschenden Grundregel, daß der Schuldner für die volle geschuldete Leistung mit seinem ganzen Vermögen eintreten

---

18, 248 (250); 22, 234 (239); BGH NJW 1959, 241 (242); Würdinger in RGRK z. HGB § 25 Anm. 1 und Anm. 8; Wurm S. 52; Hueck ZHK 108, 1 (6).

1) Staub-Bondi § 27 Anm. 9 und Anm. 29; Düringer-Hachenburg-Hoeniger § 27 Anm. 8; Würdinger in RGRK z. HGB § 27 Anm. 15; Riesenfeld I 116; Kretzschmar ZBlFG 17, 1 (2); Cohn GruchBeitr. 42, 46 (63).

muß, sofern er keine abweichende Vereinbarung mit dem Gläubiger trifft oder sofern nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung eine gegenständliche, rechnerische oder gegenstandliche und rechnerische Haftungsbeschränkung eintritt. Selbstverständlich gilt dieser Grundsatz auch für den Erben eines einzelkaufmännischen Unternehmens: auch er haftet für die von ihm selbst begründeten Geschäftsschulden persönlich. Das schließt aber nicht aus, daß seine Haftung beschränkt sein kann, wenn diese Beschränkung gesetzlich vorgeschrieben oder ermöglicht ist, wie das für die vom Testamentsvollstrecker für den Nachlaß begründeten Schulden durch § 2206 BGB geschehen ist. Da das HGB keine Bestimmung enthält, die besagt, daß der Testamentsvollstrecker ein Handelsgeschäft nicht verwalten kann oder daß der Inhaber eines einzelkaufmännischen Unternehmens für die Geschäftsschulden immer persönlich haften muß, müßte der Grundsatz der Ergänzung des HGB durch das BGB (Art. 2 EGHGB) zu der Annahme führen, daß der Testamentsvollstrecker ein Handelsgeschäft fortführen kann.

Bartholomeyczik nimmt allerdings an, daß spezielle handelsrechtliche Gesichtspunkte die persönliche Haftung des Erben zwingend vorschreiben[1]. Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Denn das Handelsgesetzbuch kennt unzweifelhaft Fälle, in denen der Erbe eines einzelkaufmännischen Unternehmens für bestimmte nach dem Erbfall begründete Geschäftsschulden beschränkbar haftet. Derartige Fälle ergeben sich, wenn das Handelsgeschäft von einem Nachlaßpfleger, einem Nachlaßverwalter oder einem Nachlaßkonkursverwalter geführt wird. Die Verbindlichkeiten, die ein Nachlaßpfleger oder ein Nachlaßverwalter im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung des vererbten Handelsgeschäfts begründen, sind Nachlaßverbindlichkeiten[2]. Sie bieten mithin dasselbe Bild wie die vom Testamentsvollstrecker begründeten Schulden; trotzdem kann nicht zweifelhaft sein, daß sowohl der Nachlaßverwalter als auch der Nachlaßpfleger im Rahmen ihrer Tätigkeit neue Geschäftsschulden eingehen können. Der Nachlaßkonkursverwalter schließlich begründet mit den Geschäftsschulden, die er bei seiner Tätigkeit eingeht, nicht einmal Nachlaßverbindlichkeiten, sondern nur Masseschulden (§ 59 KO). Für sie haftet der Erbe, da er im Nachlaßkonkurs nur in seiner Stellung als

---

1) Erman-Bartholomeyczik § 2038 Anm. 2 d; Bartholomeyczik DGWR 1938, 321 (323).

2) s. o. Seite 65 Fußnote 1.

Erbe Gemeinschuldner ist[1], überhaupt nicht mit seinem Eigenvermögen, sondern nur mit dem Nachlaß. Trotzdem kann auch insoweit nicht zweifelhaft sein, daß der Nachlaßkonkursverwalter im Rahmen seiner Tätigkeit neue Geschäftsschulden begründen kann[2]. Ist demnach anzuerkennen, daß das HGB die Eingehung neuer Nachlaß- bzw. solcher Schulden, für die der Erbe überhaupt nur mit dem Nachlaß haftet, nicht schlechthin ausschließt, so kann die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker nicht deshalb gegen die Bedürfnisse des Handelsverkehrs verstoßen, weil der Testamentsvollstrecker nur Nachlaßschulden einzugehen in der Lage ist.

Immerhin besagt das allein noch nicht, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker deshalb mit den Bedürfnissen des Handelsverkehrs vereinbar ist; denn im Gegensatz zur Rechtslage bei der Nachlaßpflegschaft, bei der Nachlaßverwaltung und beim Nachlaßkonkurs, bei denen das Handelsgeschäft regelmäßig nur vorübergehend, und zwar entweder mit dem Ziele seiner Auflösung oder dem seiner alsbaldigen Übertragung auf den Erben, verwaltet wird, ermöglicht die Anordnung der Verwaltungstestamentsvollstreckung die Führung des Handelsgeschäfts auf Jahrzehnte hin als werbendes Unternehmen (§§ 2209, 2210 BGB). Kann die Ansicht, die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker sei mit den Bedürfnissen des Handelsverkehrs unvereinbar, demnach zwar nicht damit begründet werden, daß das Handelsrecht die Eingehung neuer Nachlaßschulden für Handelsgeschäfte schlechthin verbietet, so könnte sie jedoch darauf gestützt werden, daß die Verwaltungstestamentsvollstreckung jenen Rechtszustand der beschränkbaren Haftung des Erben auf Jahrzehnte hin ermöglicht. Auch dieser Gesichtspunkt begründet die Unzulässigkeit der Testamentsvollstreckung jedoch nicht. Denn für die neuen Geschäftsgläubiger ist es an sich bedeutungslos, ob die Haftungsbeschränkung erst nach jahrlanger Verwaltung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker durchgeführt wird oder ob sie nur im zeitlichen Zusammenhang mit dem Erbfall möglich ist. Erst wenn sich ihre Stellung durch den Zeitablauf selbst verschlechtern würde, könnte dieser gegen die Zulässigkeit der Verwaltungstestamentsvollstreckung für das Handelsgeschäft sprechen. Man muß also an-

---

1) s. o. Seite 69 Fußnote 4.

2) vgl. hierzu Wurm S. 51.

erkennen, daß die Begründungen, die für die herrschende Meinung gegeben werden, nicht stichhaltig sind: die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker verstößt nicht gegen die Vorschriften der §§ 25 und 27 HGB, und ihr steht auch kein handelsrechtlicher Grundsatz des Inhalts entgegen, daß das Handelsrecht die unbeschränkte Haftung der Inhaber einzelkaufmännischer Unternehmen zwingend vorschreibt; die Unzulässigkeit folgt schließlich auch nicht daraus, daß der Rechtszustand der beschränkbaren Haftung bei der Verwaltungstestamentsvollstreckung länger dauern kann als bei den anderen Fällen, bei denen neue Geschäftsschulden als Nachlaßschulden begründet werden können.

Allerdings könnte man den Einwand der herrschenden Meinung, daß die Anordnung der Testamentsvollstreckung die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung ermöglicht, auch noch in einem anderen Sinne verstehen, als oben dargelegt wurde. Wie wir sahen, will die herrschende Meinung damit zunächst sagen, daß das Handelsrecht die Eingehung neuer Nachlaßschulden für einzelkaufmännische Unternehmen schlechthin verbietet und daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker gegen dieses Verbot verstößt. Auf die Frage, ob die Haftungsbeschränkung den Geschäftsgläubigern überhaupt einen Nachteil bringt, kommt es ihr dabei nicht an. Danach wäre die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker z.B. auch dann unzulässig, wenn der Erbe erbrechtlich endgültig unbeschränkt haften oder wenn der Nachlaß die aufgelaufenen Geschäftsschulden zu jedem Zeitpunkt decken würde, den Geschäftsgläubigern durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung also gar kein Schaden entstehen könnte.

Wie die bisherigen Erörterungen ergeben haben, ist diese These der herrschenden Meinung nicht haltbar: Ein Satz des Inhalts, daß die Inhaber einzelkaufmännischer Unternehmen für die neuen Geschäftsschulden endgültig unbeschränkt haften müssen und daß jede Rechtsgestaltung, die dem keine Rechnung trägt, unzulässig ist, ist dem geltenden Recht nicht bekannt. Das bedeutet, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker zulässig ist, auch wenn die Geschäftsgläubiger bei der Haftungsbeschränkung Ausfälle erleiden. Allerdings wird dabei vorausgesetzt, daß die Haftungsbeschränkung ordnungsgemäß durchgeführt wurde und daß die bisherige Verwaltung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker zu keinerlei Beanstandungen Anlaß gibt

Denn die Auffassung, daß das Handelsrecht der Eingehung neuer Nachlaßschulden für einzelkaufmännische Unternehmen nicht entgegensteht, besagt nicht, daß der Erbe oder der Testamentsvollstrecker berechtigt seien, mit dem Nachlaß willkürlich zu verfahren, ihn also zunächst zu überschulden, die Gegenwerte für sich zu verbrauchen und den Geschäftsgläubigern im Ernstfall unter Berufung auf die Haftungsbeschränkung das Nachsehen zu geben.

Derartige Befürchtungen könnten jedoch mitspielen, wenn die herrschende Meinung einwendet, die Anordnung der Testamentsvollstreckung ermögliche die Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung. Dann beständen die Bedenken gegen die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker also nicht darin, daß der Erbe für die neuen Geschäftsschulden überhaupt beschränkbar haftet, sondern darin, daß er in die Lage versetzt wird, sich des Haftungsbeschränkungsrechts zu unlauteren Zwecken zu bedienen.

Die Befürchtung, daß die Testamentsvollstreckung diese Möglichkeit eröffnet, ist jedoch unbegründet. Das Gesetz sichert die Geschäftsgläubiger durch die Vorschriften der §§ 1978 bis 1980 BGB gegen eine unlautere Verwaltung des Nachlasses so nachhaltig, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Vollstrecker auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden ist. Verlieren die Geschäftsgläubiger nämlich infolge der Durchführung eines Haftungsbeschränkungsverfahrens die Zugriffsmöglichkeit auf das Erbenvermögen, so können sie erwarten, daß ihnen der Nachlaß wenigstens in dem Zustand, den er zur Zeit des Erbfalles hatte, als Haftungsgrundlage erhalten bleibt. Das Gesetz trägt dem einmal dadurch Rechnung, daß es die infolge des Erbfalls erloschenen Rechtsverhältnisse als fortbestehend fingiert (§ 1976 BGB); sodann bestimmt es, daß diejenigen Aufrechnungen, die erst durch die Vereinigung von Nachlaß und Erbenvermögen möglich wurden[1], als nicht erfolgt gelten (§ 1977 BGB). Mit diesen Vorschriften kann das berechtigte Interesse der Nachlaßgläubiger an der Erhaltung ihrer Haftungsgrundlage jedoch nur zu einem geringen Teil gesichert werden. Der Nachlaß kann in der Zwischenzeit vor allem auch durch Verfügungen des Testamentsvollstreckers geschmälert worden sein. Diese Verfügungen können nun nicht

---

1) Das sind die Aufrechnungen der Nachlaßgläubiger gegen die Eigenforderungen des Erben und der Erbengläubiger gegen Nachlaßforderungen.

einfach rückgängig gemacht werden; denn dem Testamentsvollstrecker stand bei ihrer Vornahme die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlaß zu, und bei dieser Sachlage ist ein Gebot der Rechtssicherheit, ihnen die Wirksamkeit weiterhin zu belassen. Hier bestimmt nun § 1978 I BGB, daß der Erbe den Nachlaßgläubigern im Falle der Haftungsbeschränkung für die bisherige Verwaltung des Nachlasses wie ein Verwalter fremden Vermögens haftet: für die vor Annahme der Erbschaft besorgten Geschäfte ist er wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag, für die nachher getätigten wie ein Beauftragter verantwortlich. Den bis zur Durchführung der Haftungsbeschränkung getroffenen Maßnahmen wird damit zwar im Interesse der Rechtssicherheit die Wirksamkeit belassen; gegen eine Nachlaßschmälerung sichert das Gesetz jedoch, indem es den Erben für die bisherige Verwaltung des Nachlasses persönlich verantwortlich sein läßt.

In Fällen, in denen keine Testamentsvollstreckung angeordnet war, der Erbe den Nachlaß vielmehr selbst verwaltet hat, liegt die Bedeutung des § 1978 BGB vor allem darin, die der wirtschaftlichen Sachlage entsprechende Trennung zwischen dem Erbenvermögen und dem Nachlaß sicherzustellen. Das kommt insbesondere darin zum Ausdruck, daß der Erbe zur Herausgabe der Nachlaßgegenstände bzw. der Gegenwerte, die er bei der Veräußerung von Nachlaßgegenständen erlangt hat, verpflichtet ist (§§ 1978 I, 667 BGB). In der Gewährleistung dieses der wirtschaftlichen Sachlage entsprechenden Ausgleichs zwischen den beiden Vermögensmassen erschöpft sich die Bedeutung des § 1978 BGB jedoch nicht. Diese Vorschrift gibt vielmehr außerdem eine Schadensersatzpflicht des Erben bei schuldhaft schlechter Verwaltungstätigkeit (§§ 1978 I, 662, 276 BGB[1]). Bei vertraglich begründeten Auftragsverhältnissen liegt die Hauptpflicht des Beauftragten nun darin, das ihm vom Auftraggeber übertragene Geschäft sorgfältig, sachgemäß und unter Wahrung der Interessen des Auftraggebers auszuführen (§ 662 BGB); eigene Interessen hat er dabei grundsätzlich zurückzustellen[2]. Die Übertragung dieser Grundsätze auf die Verwaltung des Nachlasses durch den Erben bedeutet, daß dieser den Nachlaß im Interesse der Nachlaßgläubiger "zusammenhalten" und vor Schädigungen schützen muß und daß er selbst alles zu unter-

1) vgl. etwa Johannsen in RGRK z. BGB § 1978 Anm. 2.
2) v. Staudinger-Nipperdey § 662 Anm. 30; RG BankArch XXXV, 490 (491).

lassen hat, was den Bestand des Nachlasses verringern könnte[1]. Verletzt er diese Pflichten auch nur leicht fahrlässig, so ist er den Gläubigern für den dadurch entstehenden Schaden ersatzpflichtig[2].

Beides, sowohl die Gewährleistung einer der wirtschaftlichen Sachlage entsprechende Trennung zwischen den beiden Vermögensmassen als auch der Schutz gegen eine Nachlaßschmälerung infolge schuldhaft schlechter Verwaltungstätigkeit, muß den Gläubigern nun auch sicher sein, wenn der Nachlaß bis zur Durchführung des Haftungsbeschränkungsverfahrens nicht von dem Erben selbst, sondern von einem Testamentsvollstrekker verwaltet wurde. Hierin durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht schlechter gestellt zu werden, können die Gläubiger deshalb erwarten, weil der Erbe durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung ebenfalls nicht gehindert ist, sich der persönlichen Haftung für die Nachlaßschulden zu entziehen. Ist die Berechtigung dieses Anspruchs denn auch unproblematisch, so ergeben sich Zweifel, auf welchem Wege der Schutz der Gläubiger sichergestellt werden soll. Theoretisch bieten sich dazu zwei Möglichkeiten: einmal kann man den Testamentsvollstrecker selbst für die Verwaltung den Nachlaßgläubigern gegenüber verantwortlich sein lassen; zum andern kann man aber auch den Erben für die Verwaltungstätigkeit des Testamentsvollstreckers haftbar machen. Beide Lösungen werden im Schrifttum vertreten. Von denjenigen, die den Testamentsvollstrecker selbst verantwortlich sein lassen, wenden einige § 1978 BGB an[3]; andere verneinen die unmittelbare Verantwortlichkeit des Vollstreckers den Gläubigern gegenüber und nehmen an, er hafte nur dem Erben gegenüber (§ 2219 BGB); dieser Anspruch des Erben sei aber Nachlaßbestandteil und begründe damit die indirekte Verantwortlichkeit des Testamentsvollstreckers gegenüber den Nachlaßgläubigern[4].

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 1978 Anm. 11; Planck-Flad § 1978 Anm. 2 b.

2) Diligentia quam in suis wird nicht erfordert bzw. reicht nicht aus: v. Staudinger-Lehmann § 1978 Anm. 9; Johannsen in RGRK z. BGB § 1978 Anm. 2.

3) z.B. v. Spreckelsen S. 74.

4) Planck-Flad Bem. 5 g vor § 2197; Rosenbaum S. 31; a.A. Jaeger § 217 Anm. 27. - Aus § 2219 BGB ergibt sich keine unmittelbare Verantwortlichkeit des Vollstreckers gegenüber den Nachlaßgläubigern, vgl. Palandt-Rechenmacher § 2219 Anm. 1; Erman-Hense § 2219 Anm. 3; Planck-Flad § 2219 Anm. 2; Rosenbaum S. 28; a.A. Becher S. 34.

Demgegenüber steht vor allem die Judikatur auf dem Standpunkt, daß nicht der Testamentsvollstrecker, sondern der Erbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses haftet, und zwar deshalb, weil der Testamentsvollstrecker "Vertreter im weiteren Sinne" für den Erben sei und dieser für ihn nach § 278 BGB einstehen müsse[1]; diese Auffassung wird in der Lehre ebenfalls vielfach vertreten[2]. Danach haftet der Erbe zwar nicht für jedes schuldhafte Verhalten des Testamentsvollstreckers, sondern nur für dasjenige, das dieser in Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit begeht. Auf den Rechtsgrund der Verbindlichkeit kommt es dabei nicht an: der Schuldner muß sowohl bei der Verletzung vertraglicher als auch bei der gesetzlicher Schuldverhältnisse für das Verschulden seines Vertreters einstehen[3]. Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall würde bedeuten, daß der Erbe im Rahmen des § 1978 BGB für das Verschulden des Testamentsvollstreckers haftet[4].

Diejenigen, die den Erben für die bisherige Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker nach §§ 1978, 278 BGB verantwortlich sein lassen, stehen nun aber vor der Frage, mit welchen Vermögensmassen er für die Ersatzansprüche der Geschäftsgläubiger haftet, ob nur mit dem Nachlaß oder auch mit dem Erbenvermögen. Auch diese Frage ist umstritten. In der Rechtsprechung ist sie, soweit ersichtlich, bisher nicht behandelt; in der Literatur wird überwiegend die Auffassung vertreten, der Erbe hafte für einen Ersatzanspruch nach § 1978 BGB nur dann persönlich, wenn er den Nachlaß selbst verwaltet hat; hat er hingegen für das Verschulden des Testamentsvollstreckers einzustehen, so soll er auch für diesen Ersatzanspruch zur Beschränkung der Haftung

---

1) RGZ 144, 399 (402); BGH BB 1957, 346; RG HRR 1932 Nr. 509 für die güterrechtliche Stellung des Ehemanns zur Ehefrau; a.A. ohne Begründung RGZ 159, 337 (352).

2) v. Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 54 und § 2219 Anm. 13 (d); Planck-Siber § 278 Anm. 2 a; Oegg in RGRKomm. z. BGB § 278 Anm. 2; Kipp-Coing 9. Auflage 1953 § 125 III 4 c, S. 482; in der 10. Auflage (§ 125 III 5 c Anm. 25) folgen sie Dölle S. 279 f, der die Anwendung des § 278 BGB insoweit für überflüssig hält.

3) RGZ 138, 1 (5); Planck-Siber § 278 Anm. 1 a; Oegg in RGRK z. BGB § 278 Anm. 3 f; Warneyer § 278 Anm. I.

4) so ausdrücklich v. Staudinger-Dittmann § 2205 Anm. 54.

auf den Nachlaß berechtigt sein[1]. Begründet wird diese Auffassung damit, daß der Testamentsvollstrecker in seiner Verwaltungstätigkeit auf den Nachlaß beschränkt ist, z.B. nur über Nachlaßgegenstände verfügen und Verbindlichkeiten nur für den Nachlaß eingehen kann. Bei dieser Sachlage, so meint man, könne ein Ersatzanspruch nach §§ 1978, 278 BGB ebenfalls keine persönliche Verpflichtung des Erben begründen. Diese Auffassung dürfte indessen nicht aufrecht erhalten werden können. Vergegenwärtigt man sich nämlich, daß die Vorschrift des § 1978 BGB gerade dazu dient, die Geschäftsgläubiger gegen eine Nachlaßschmälerung zu schützen, so kann sie ihren Sinn nicht erfüllen, wenn man die Haftung für die Ersatzansprüche auf den Nachlaß beschränkt. Denn eine eingetretene Nachlaßschmälerung kann immer nur aus einem anderen Vermögen als dem Nachlaß ausgeglichen werden. Gibt man dem Erben das Recht, die Haftung für den Ersatzanspruch auf den Nachlaß zu beschränken, so bedeutet das, daß die Verluste des Nachlasses mit Mitteln des Nachlasses gedeckt werden sollen, - ein sinnloses Resultat. Man mag darüber unterschiedlicher Auffassung sein können, ob der Erbe für den Testamentsvollstrecker im Rahmen des § 1978 BGB nach § 278 BGB einzustehen verpflichtet ist; bejaht man diese Frage jedoch, so muß er für den Ersatzanspruch auch mit seinem Erbenvermögen ohne die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung haften, wenn der Ersatzanspruch überhaupt einen Sinn haben soll[2].

Welcher der verschiedenen Auffassungen nun der Vorzug zu geben ist, ob der, nach der der Testamentsvollstrecker den Nachlaßgläubigern selbst haftet, oder der, nach der der Erbe haftet, braucht hier nicht entschieden zu werden. Erinnern wir uns, daß es zu prüfen galt, ob die Verwaltungshaftung nach § 1978 BGB die neuen Geschäftsgläubiger gegen bewußte Manipulationen des Erben oder des Testamentsvollstreckers zum Nachteil des Nachlasses sichert. Dieser Schutz ist aber gegeben, wenn entweder der Erbe oder der Testamentsvollstrecker für die bisherige Verwaltung des Nachlasses persönlich haften; denn dann kann der von der herrschenden Meinung offensichtlich befürchtete Fall, daß der Testa-

---

1) v. Staudinger-Lehmann § 1978 Anm. 31; Planck-Flad Bem. 5 c vor § 1942; Johannsen in RGRK z. BGB § 1960 Anm. 5 e und § 1978 Anm. 3 (für den Nachlaßpfleger); Bartholomeyczik § 54 II 6 b dd, S. 328.

2) Die persönliche Haftung bejahen deshalb auch folgerichtig v. Staudinger-Dittmann Bem. 22 vor § 2197 und § 2205 Anm. 54.

mentsvollstrecker den Nachlaß herunterwirtschaftet und er sowohl wie der Erbe sich der persönlichen Haftung entziehen, nicht eintreten. Unabhängig davon, ob man den Erben oder den Testamentsvollstrecker den Nachlaßgläubigern gegenüber für die Verwaltung des Nachlasses verantwortlich sein läßt, verhindert die Bestimmung des § 1978 BGB also, daß die neuen Geschäftsgläubiger durch unlauteres Verhalten des Erben oder des Testamentsvollstreckers um ihre Haftungsgrundlage gebracht werden.

Eine weitere Sicherung in dieser Hinsicht bietet ihnen die Vorschrift des § 1980 BGB. Nach § 1980 I 1 BGB ist der Erbe nämlich verpflichtet, unverzüglich, nachdem er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erlangt hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses bzw. des Nachlaßvergleichsverfahrens zu verlangen, wobei der Kenntnis der Überschuldung die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis gleichsteht (§ 1980 II 1 BGB)[1]. Verletzt er diese Verpflichtung, so ist er den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden persönlich verantwortlich (§ 1980 I 2 BGB). Das bedeutet: Kommt der Erbe der ihm obliegenden Verpflichtung, die Eröffnung des Nachlaßkonkurs- bzw. des Nachlaßvergleichsverfahrens zu beantragen, nicht nach, so kann er sein Haftungsbeschränkungsrecht künftig nicht mehr zum Nachteil der Geschäftsgläubiger ausnutzen; denn dann haftet er ihnen für den Schaden, den sie dadurch erleiden, daß das Handelsgeschäft trotz der Überschuldung des Nachlasses fortgeführt wurde, also für den Unterschied zwischen dem, was sie bei rechtzeitiger Erfüllung der Antragspflicht erhalten hätten, und dem, was sie nun wirklich erhalten[2], mit seinem Eigenvermögen. Kommt der Erbe seiner Verpflichtung, die Eröffnung des Nachlaßkonkurs- bzw. des Nachlaßvergleichsverfahrens zu beantragen, hingegen nach, so kann der Testamentsvollstrecker künftig keine Nachlaßschulden mehr begründen, bei denen unlautere Manipulationen zum Nachteil der Geschäftsgläubiger möglich wären. Wird dann nämlich auf den Antrag des Erben das Nachlaßkonkursverfahren eröffnet, so verliert der Testamentsvollstrecker sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht über den Nachlaß und damit auch die Befugnis zur Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß an den

---

1) Als Fahrlässigkeit gilt es insbesondere, wenn der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger nicht beantragt, obwohl er Grund hat, das Vorhandensein unbekannter Nachlaßverbindlichkeiten anzunehmen (§ 1980 II 2 BGB).

2) Jaeger § 217 Anm. 26.

Nachlaßkonkursverwalter[1]; wird dann das Nachlaßvergleichsverfahren eröffnet, so verliert der Vollstrecker sein Verwaltungs- und Verfügungsrecht zwar nicht, so untersteht er aber der Aufsicht des Nachlaßvergleichsverwalters[2]; das dürfte es ebenfalls ausschließen, daß die neuen Geschäftsgläubiger durch die weitere Tätigkeit des Testamentsvollstreckers geschädigt werden. § 1980 BGB schützt also, für sich betrachtet, nicht dagegen, daß der Nachlaß überschuldet wird; er verhindert aber, daß die Gläubiger nach einer bereits bestehenden (auch geringfügigen) Nachlaßüberschuldung durch die weitere Tätigkeit des Testamentsvollstreckers neue Nachteile erleiden, d.h. daß der Nachlaß stärker überschuldet wird, ohne daß der Erbe für diese weitere Überschuldung verantwortlich wäre.

Man hat nun darauf hingewiesen, daß die Bedeutung dieser Vorschrift geringer ist, wenn der Erbe den Nachlaß nicht selbst verwaltet; denn dann, so meint man, könne von ihm nicht dasselbe Maß an Sorgfalt bei der Überprüfung der Frage, ob der Nachlaß überschuldet ist, erwartet werden, wie wenn er ihn selbst ständig verwaltet[3]. Dieser Gesichtspunkt ist zwar zutreffend; er verliert jedoch an Gewicht, wenn man sich vergegenwärtigt, welche Kontrollmöglichkeiten dem Erben auch bei bestehender Testamentsvollstreckung noch gegeben sind: Nach § 2215 I BGB hat der Testamentsvollstrecker dem Erben unverzüglich nach der Annahme des Amts ein Verzeichnis über die Nachlaßaktiven und die Nachlaßschulden zu überreichen. An Hand dieses Verzeichnisses und auf Grund der ihm sonst bekannten Tatsachen muß sich der Erbe darüber schlüssig werden, ob das Handelsgeschäft überhaupt von dem Testamentsvollstrekker fortgeführt werden kann oder ob er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen muß. Hat er Grund zu der Annahme, daß weitere, noch unbekannte Nachlaßschulden existieren, muß er das Gläubigeraufgebot betreiben (§ 1980 II 2 BGB). Nach § 2218 II BGB ist der Testamentsvollstrecker ferner verpflichtet, dem Erben jährlich Rechnung zu le-

---

1) s. o. Seite 72 f.

2) s. o. Seite 79 f.

3) Jaeger § 217 Anm. 27; Palandt-Rechenmacher § 1980 Anm. 4. Im Gegensatz zum Nachlaßverwalter (§ 1985 II 2 BGB) trifft den Vollstrecker selbst keine Verantwortlichkeit nach § 1980 BGB (v. Staudinger-Dittmann Bem. 22 vor § 2197). Es ließe sich jedoch - zumindest vom Standpunkt derjenigen aus, die den Vollstrecker als gesetzlichen Vertreter des Erben ansehen - auch insoweit an die Anwendung von § 278 BGB denken.

gen; mindestens einmal jährlich muß der Erbe sich also dieselbe Frage vorlegen. Außerdem muß der Testamentsvollstrecker dem Erben auf dessen Verlangen jederzeit Auskunft über den Stand der Verwaltung des Nachlasses erteilen (§§ 2218 I, 666 BGB), so daß der Erbe sich bei Zweifeln über die Nachlaßüberschuldung jederzeit Klarheit verschaffen kann. Aus allem geht hervor, daß der Erbe auch bei bestehender Testamentsvollstreckung durchaus in der Lage ist, sich über die Frage, ob der Nachlaß überschuldet ist oder nicht, ein eigenes Bild zu verschaffen. Ist das aber der Fall, so wird man kaum sagen können, daß die Verpflichtung des Erben nach § 1980 BGB deshalb unbedeutsam ist, weil er den Nachlaß nicht selbst verwaltet.

Als Ergebnis dieser Untersuchungen bleibt demnach festzuhalten: Die Befürchtung, der Erbe könne sein Haftungsbeschränkungsrecht zum Nachteil der neuen Geschäftsgläubiger ausnutzen, ist angesichts der Bestimmungen der §§ 1978 und 1980 BGB unbegründet. Damit kann gegen die Fortführung des Handelsgeschäfts auch nicht der Einwand erhoben werden, sie versetze den Erben in die Lage, sich unberechtigterweise des Haftungsbeschränkungsrechts zum Nachteil der neuen Geschäftsgläubiger zu bedienen.

Schluß

Überblickt man die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchungen, so zeigt sich, daß der von der herrschenden Meinung hervorgehobene Unterschied zwischen der Haftung des Erben für die neuen Geschäftsschulden in Fällen bestehender Testamentsvollstreckung und in Fällen ohne Testamentsvollstreckung gegeben ist. Zwar ist die Fortführung des Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker nicht schlechthin gleichbedeutend mit der Führung eines Handelsgeschäfts mit beschränkter Haftung, da die Testamentsvollstreckung selbst keine haftungsbeschränkende Wirkung hat und die vom Testamentsvollstrecker begründeten Geschäftsschulden Nachlaßschulden im Sinne von § 1967 BGB sind; unter bestimmten Voraussetzungen können die Erben sich der persönlichen Haftung für diese Schulden jedoch entziehen, was dann, wenn sie das Handelsgeschäft selbst fortführen, nicht möglich ist.

Die von der herrschenden Meinung hieraus gezogenen Folgerungen können jedoch nicht aufrecht erhalten werden. Denn es zeigte sich, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker sicherlich nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 25 und 27 HGB steht, daß sie ferner keinen Verstoß gegen die richtig verstandenen Bedürfnisse eines geordneten und sicheren Handelsverkehrs enthält und schon gar nicht zu der Befürchtung Anlaß zu geben braucht, der Erbe könne sich des Haftungsbeschränkungsrechts in unlauterer Weise zum Nachteil der Geschäftsgläubiger bedienen.

Vom haftungsrechtlichen Standpunkt aus betrachtet, erscheint die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch einen Testamentsvollstrecker demnach als zulässig; der Testamentsvollstrecker bedarf hierzu nicht der Stellung eines Bevollmächtigten des Erben oder eines treuhänderischen Geschäftsinhabers, sondern ist zur Fortführung des Geschäfts kraft seiner Stellung in der Lage.

Die entwickelten Gedankengänge sind nun nicht nur für die Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens von Bedeutung. Einleitend wurde darauf hingewiesen, daß dieselben haftungsrechtlichen Bedenken, die gegen die Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Testamentsvollstrecker erhoben werden, auch gegen die Verwaltung eines in einem

Nachlaß befindlichen OHG-Anteils durch den Testamentsvollstrecker geltend gemacht werden[1]. Es bliebe zu überprüfen, ob diese Bedenken noch aufrecht erhalten werden können, nachdem sie sich bei der Fortführung eines einzelkaufmännischen Unternehmens als unbegründet erwiesen haben.

---

1) s. o. Seite 21 Fußnote 1.

L e b e n s l a u f

Am 19. Dezember 1933 wurde ich als Sohn des Diplomlandwirtes Dr. Kurt Christopeit und seiner Ehefrau Irmgard, geborene Sievert, in Berlin-Dahlem geboren. Ich bin Deutscher.

Von 1940 bis 1943 besuchte ich die Volksschule in Schwedt an der Oder, anschließend bis 1945 die dortige Hohenzollernschule (Oberschule für Jungen) und ab 1946 das städtische humanistische Gymnasium in Viersen/Rhld. An diesem bestand ich am 14.3.1953 die Reifeprüfung.

Ich studierte Rechtswissenschaften vom Sommersemester 1953 bis zum Sommersemester 1954 und vom Sommersemester 1955 bis zum Wintersemester 1956/57 an der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen, im Wintersemester 1954/55 an der Freien Universität in Berlin.

In Tübingen bestand ich am 7. Dezember 1956 die 1. juristische Staatsprüfung. Seit dem 16. März 1957 bin ich Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf.